

Nº 7

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

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



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 7**

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, 2023

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

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

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

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

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

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

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

ÍNDICE

PERFILES DE LA ACCIÓN PENAL (Y DE LA INACCIÓN) EN EL SISTEMA DE LA FISCALÍA EUROPEA	9
<i>LUCA LUPÁRIA DONATI</i> <i>JACOPO DELLA TORRE</i>	
LOS INTERESES DE JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: PERCEPCIÓN DE OPERADORES Y VÍCTIMAS DEL TRATAMIENTO PROCESAL	49
<i>HELENA SOLETO MUÑOZ</i> <i>JESSICA JULLIEN DE ASIS</i>	
ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE LAS VÍCTIMAS VULNERABLES MENORES DE VIOLENCIA SEXUAL. LA PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL	81
<i>ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO</i>	
VERDAD, PRUEBA Y PROCESO CIVIL	131
<i>JULIO PICATOSTE BOBILLO</i>	
MEDIDAS CAUTELARES Y ENFERMEDAD MENTAL: SOBRE EL ARTÍCULO 544 B/S LECRIM Y LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DEL QUEBRANTAMIENTO	167
<i>BELÉN HERNÁNDEZ MOURA</i>	
PROCESO CIVIL Y LOS SMART CONTRACTS EN BLOCKCHAIN	209
<i>ISABEL VILLAR FUENTES</i>	

PERFILES DE LA ACCIÓN PENAL (Y DE LA INACCIÓN) EN EL SISTEMA DE LA FISCALÍA EUROPEA*

Profiles on the rules governing prosecution (and dismissal) in the EPPO system

LUCA LUPÁRIA DONATI

Catedrático de Derecho Procesal Penal
Università degli Studi di Milano
luca.luparia@unimi.it

JACOPO DELLA TORRE

Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal Penal
Università degli Studi di Genova
jacopo.dellatorre@unige.it

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FISCAL EUROPEO Y LEGALIDAD DE LA ACCIÓN PENAL: UNA MIRADA DIACRÓNICA. III. PERFILES OPERATIVOS DE LA ACCIÓN PENAL EUROPEA. IV. EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS MOTIVOS DE ARCHIVO. V. ¿QUÉ CONTROL SE EJERCE SOBRE LA OPCIÓN DE NO ACTUAR? VI. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. VII. CONCLUSIONES.

Resumen: El artículo tiene por objeto el estudio del tema de la acción penal y del archivo del caso en el sistema de la Fiscalía Europea. Reconstruir la trama normativa en la materia permite tener una demostración de cómo la tradicional reticencia de los Estados nacionales a ceder porciones de su soberanía ha producido “frutos envenenados”. Con ello se corría el riesgo no sólo de crear un órgano tan desequilibrado en cuanto a las necesidades de seguridad pública que pusiera en peligro la protección de los derechos fundamentales, sino también de socavar los objetivos de eficacia perseguidos con su creación.

Palabras claves: Fiscalía Europea – acción penal – archivo – legalidad – procedimientos simplificados.

* Aunque se trate de un trabajo de investigación común, Luca Lupária Donati ha redactado los capítulos 1-3 (en el marco del proyecto de investigación Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00) y Jacopo Della Torre los capítulos 4-7.

Abstract: The paper focuses on the issue of EPPO's prosecution and dismissal powers. Reconstructing the relevant legal framework allows to understand how the traditional reluctance of Member States to cede portions of sovereignty has produced "poisoned fruit". This risked not only creating a body so unbalanced in terms of public security that it would jeopardise the protection of fundamental right, but also the objectives pursued with the creation of the new supranational Prosecutor.

Keywords: EPPO – criminal action – dismissal – legality – simplified procedure.

ABREVIATURAS

Cit.	citado
Coord.	coordinador / coordinadora; coordinadores / coordinadoras.
EPPO	European Public Prosecutor's Office
FED	Fiscal Europeo Delegado
FES	Fiscal Europeo Supervisor
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
Pár.	párrafo
P. / pp.	página / páginas
PIF	protección de los intereses financieros
Reg.	Reglamento
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El 1º de junio de 2021, después de más de 20 años de debates, entró en funciones la Fiscalía Europea (EPPO): un ente acusador supranacional, creado por el Reglamento (UE) 2017/1939, para investigar los delitos que atenten contra los intereses financieros de la Unión¹. Como ha reconocido

¹ Como es sabido, la "competencia material" de la Fiscalía Europea está regulada por el art. 22 del Reg. 2017/1939, que establece que se le atribuyen: a) los delitos que perjudican los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 (llamada "Directiva PIF"), tal como ha sido aplicada por el Derecho nacional; b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, tal como se definen en la Decisión marco 2008/841/JAI, tal como se haya transpuesto en el Derecho nacional, si la actividad delictiva de dicha organización se centra en la comisión de uno de los delitos contemplados en la Directiva PIF anteriormente citada; c) cualquier otro delito indisolublemente vinculado a una conducta delictiva incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva PIF. Para un estudio del tema, véanse Grasso, G., Giuffrida, F. y Sicurella, R., "EPPO material competence: Analysis of the PIF Directive and Regulation", en Ligeti, K., Antunes, M. J. y Giuffrida, F. (coord.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch*, Wolter-Kluwer – CEDAM, Milano, 2020, pp. 23-55; Militello, V., "La competenza materiale della Procura europea. Un diritto penale europeo a geometria variabile?", en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello*

el Comisario de Justicia, Didier Reynders, así ha comenzado una fase totalmente nueva en la historia de la integración jurídica europea en materia penal².

En las intenciones de la Unión, esta intervención tiene un propósito bien determinado: remediar la insuficiencia del sistema tradicional de lucha contra las infracciones en materia de finanzas europeas, gestionado a nivel nacional³. Por su parte la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) publica datos muy elocuentes a este respecto: lleva años denunciando que más de la mitad de los casos que comunica a las autoridades nacionales de cumplimiento de la ley no reciben al final ninguna respuesta eficaz por parte de las jurisdicciones nacionales⁴. Esto también es debido a las carencias de los sistemas nacionales, donde enormes cantidades de dinero de la UE siguen siendo objeto de operaciones ilegales, en la mayoría de casos realizadas por organizaciones criminales⁵.

Como se ha detectado en numerosas ocasiones, a nivel teórico, la institución, aunque sólo a través de una cooperación reforzada⁶, de la Fiscalía Europea adquiere un significado más fascinante. Se trata de impulsar una

Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 7-24; y Guerra, J. Eduardo, "The Material Competence of the EPPO and the Concept of Inextricably Linked Offences", en *Eucrim*, 2021, 1, pp. 49-50; Pelissero, M., "I reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea di competenza del pubblico ministero europeo", in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, pp. 1118-1128.

² Comunicado de prensa, *Protección del presupuesto de la UE: la Fiscalía Europea comenzará a funcionar el 1 de junio*, reperible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_2591.

³ Sobre este punto, v. Csúri, A., "The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?", en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, pp. 122-151, esp. pp. 123 y sigs.; Ligeti, K. y Simonato, M., "The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?", en *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 1-2, pp. 7-21, esp. pp. 7-10; Spencer, J.R., "Who's Afraid of the Big, Bad European Public Prosecutor?", en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011, pp. 363-380, esp. pp. 364 y sigs.

⁴ Por último, véase, *The Olaf report 2021*, disponible en <https://anti-fraud.ec.europa.eu>, p. 51, de donde se desprende que entre 2017 y 2021, solo alrededor del 35 % de los casos investigados por la OLAF dieron lugar a cargos penales.

⁵ A este respecto, véase el reciente informe, encargado por el Parlamento Europeo, de Malan, J., Bosch Chen, I., *Impact of Organised Crime on the EU's Financial Interests*, European Parliament: Policy Department for Budgetary Affairs, Brussels, 2021.

⁶ En efecto, como es sabido, al no haber logrado la unanimidad en el Consejo sobre la propuesta de Reglamento, para crear la Fiscalía Europea hubo que recurrir a la posibilidad, con arreglo al art. 86, párr. 1, TFUE, de crear esta estructura mediante una cooperación reforzada. Para un análisis minucioso de los trabajos preparatorios del Reglamento de la Fiscalía Europea, véase Chevalliers-Govers, C., Weyembergh, A. (coord.), *La création du Parquet européen*, Bruylant, Brussels, 2021; Salazar, L., "Habemus Eppo! La lunga marcia della Procura europea", en *Archivio penale web*, 2017, 3, pp. 1-61.

unificación, aunque sea parcial, de los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto desde el punto de vista sustantivo, como procesal⁷. A este respecto, es sabido que, a diferencia de los órganos clásicos de cooperación horizontal, la Fiscalía Europea tiene poderes verticales que le permiten influir directamente en el desarrollo de los procesos penales relativos a las infracciones que se le atribuyen. No obstante, debe reconocerse que la disciplina europea no logra ser exhaustiva: regula, con más detalle, únicamente la fase de investigación y enjuiciamiento (artículo 5 del Reglamento), mientras que la fase estrictamente procesal sigue estando (en su mayor parte) regulada por la legislación nacional. Sin embargo, esto no quita que, con la creación de dicho órgano, la Unión Europea se haya apoderado, aunque sólo en lo que respecta a determinados casos, de pasos jurídicos clave de la administración de la justicia penal, como el de la acción penal.

A pesar de estos loables objetivos perseguidos, hay que reconocer que, sobre todo debido a las difíciles soluciones de compromiso que el legislador europeo ha tenido que realizar en el curso de las negociaciones políticas para llegar a la aprobación de un texto compartido, la estructura de la Fiscalía Europea presenta numerosos problemas, denunciados de forma transversal por la doctrina europea. Los principales se refieren a: la arquitectura excesivamente farragosa del órgano⁸, capaz de minar su eficacia operativa; la elección de introducir en el texto normativo un número excesivo de referencias a los ordenamientos nacionales sobre puntos cruciales de la disciplina⁹; así como la escasa importancia que el legislador de la UE concede a

⁷ Véase Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., pp. 189-211.

⁸ Como es sabido, en la versión final del Reg. 2017/1939, la arquitectura de la Fiscalía Europea se dividió en una estructura central (compuesta por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, sus suplentes y los Fiscales Europeos) con funciones predominantemente de gestión, y una función descentralizada (los Fiscales Europeos Delegados - FDE), con funciones operativas. A este respecto, véase Ligeti, K., “The Structure of the EPPO: Features and Challenges”, en *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 2020, 27 (1), pp. 33-50 y Wade, M., “The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form”, en Rafaraci, T. y Belfiore, R., *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Springer, Cham, 2019, pp. 165-180.

⁹ Así Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 191; Giuffrida, F., “The European Public Prosecutor’s Office: King without kingdom?”, en *CEPS Research Report*, 2017, 3, pp. 1-40, esp. p. 38; Salazar, L., “*Habemus Eppo!* La lunga marcia della Procura europea”, cit., pp. 55 y sigs.

la protección de los derechos fundamentales de las personas implicadas en los procedimientos relacionados con la Fiscalía Europea¹⁰.

Pues bien, hay que reconocer que estos defectos básicos aquejan también a algunos ganglios vitales de la disciplina europea: es decir, la fase de ejercicio de la acción o de la inacción de la Fiscalía Europea, regida por los artículos 34-40 y 42 del Reglamento de la EPPO¹¹. Si bien es cierto que el legislador europeo ha dictado en este ámbito una serie de disposiciones más articuladas respecto a otras fases del proceso penal (incluida entre ellas, la relativa a las investigaciones), hay que tener en cuenta que las normas sobre este tema también se ven afectadas por tantos puntos oscuros, que resultan muy difíciles de aplicar en la práctica¹². Al mismo tiempo, dada la escasa atención prestada al plan de garantías, las previsiones en este ámbito también suponen riesgos significativos para los derechos de los acusados y de las posibles víctimas de delitos diferentes de la UE.

El objetivo de este artículo es estudiar precisamente el complejo tema del ejercicio de la acción penal y de la inacción en el sistema de la Fiscalía

¹⁰ Véase, a este respecto, el documento del *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), *CCBE statement on defence issues and procedural rights in EPPO proceedings*, disponible en <https://www.ccbe.eu>, 10 de diciembre de 2021. Cabe mencionar que la propia Comisión de la UE no estaba satisfecha con el capítulo relativo a las garantías de los demandados en el Reglamento de la EPPO, hasta llegar a presentar una reserva general sobre este punto: véase el doc. Consejo de la UE 12774/2/16, Rev 2, 12.10.2016, nota 52. En la doctrina, véanse, entre otros muchos, Allegrezza, S. y Mosna, A., “Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition?”, en Bachmaier Winter, L. (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office. The Challenges Ahead*, Springer, Cham, 2018, pp. 141-164, esp. p. 146; Canestrini, N., “Le garanzie per i diritti della difesa nei procedimenti di competenza del pubblico ministero europeo”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., pp. 155-160; Illuminati, G., “Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO”, en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office. The Challenges Ahead*, cit., pp. 179-199; Wahl, T., “The European Public Prosecutor’s Office and the Fragmentation of Defence Rights”, en Ligeti, K., Antunes, M. J. y Giuffrida, F. (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch*, Wolter-Kluwer – CEDAM, Milano, 2020, pp. 85-113.

¹¹ Para un atento análisis de la disciplina, véanse, además de Caianiello, Michele, “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., pp. 194-207; Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, en *Cassazione penale*, pp. 3677-3690; Pressacco, L., “Indagini e promovimento dell’azione penale del pubblico ministero europeo”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, pp. 1353-1395; Ruggeri, S., “Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea”, en *Processo penale e giustizia*, 2018, pp. 602-616.

¹² Véase, a este respecto, el análisis complejo de Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., pp. 3677-3690.

Europea¹³. Reconstruir la trama normativa en el ámbito permitirá tener una prueba privilegiada de cómo la tradicional reticencia de los Estados nacionales a ceder porciones de su soberanía ha producido auténticos “frutos envenenados”. Con ello se corría el riesgo no sólo de crear un órgano tan desequilibrado en cuanto a las necesidades de seguridad pública que pusiera en peligro la protección de los derechos fundamentales, sino también de socavar los objetivos de eficacia perseguidos con su creación.

II. FISCAL EUROPEO Y LEGALIDAD DE LA ACCIÓN PENAL: UNA MIRADA DIACRÓNICA

Como se ha anticipado, la creación de un organismo de acusación centralizado a nivel europeo ha querido valorizar la acción penal europea frente a la acción penal nacional, considerada más desorganizada y, por lo tanto, ineficiente¹⁴. Y es precisamente por el hecho de que las previsiones sobre el punto representan el núcleo del nuevo micro-sistema procesal superior que resulta aún más esencial comprender a que principios de fondo están orientadas las mismas. Con carácter general, hay que reconocer que, desde que nació el propósito de la creación de un organismo de acusación Europeo, siempre se ha considerado preferible vincular su trabajo a un canon de legalidad (moderada) de la acción penal.

A este canon hacía referencia, no por casualidad, ya el art. 19 párr. 4, de ambas versiones del *Corpus juris*: ese estudio pionero, financiado por las instituciones europeas a finales de los años noventa, a quien se debe la autoría de la idea de crear una Fiscalía Europea¹⁵. Parece útil recordar

¹³ En cambio, no se abordará la cuestión, en algunos aspectos prodrómica, de las normas que rigen el ejercicio de la competencia por parte de la Fiscalía Europea, incluso mediante la avocación del caso por parte de las autoridades nacionales. A este respecto, véase el amplio análisis de Herrfeld, H.-H., “Commento agli artt. 25, 26 e 27 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 195-246.

¹⁴ Belfiore, R., “L'esercizio dell'azione penale da parte dell'EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3677.

¹⁵ La versión original es la publicada en francés por la directora de investigación Delmas-Marty, M., “*Corpus Juris*” portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, Paris, 1997. En español, v. Bacigalupo, E., *Hacia un espacio judicial europeo corpus juris de disposiciones penales*, Colex, Madrid, 1998. Un nuevo estudio sobre la viabilidad concreta del *Corpus juris* (llamado *Suivi du Corpus juris*) tuvo lugar durante 1999, bajo la dirección de la profesora Mireille Delmas Marty y el profesor John Vervaele. Como resultado de la investigación, se redactó una segunda versión (llamada “de Florencia”), parcialmente modificada, del texto: el *Corpus juris* 2000. Fue publicado en Delmas-Marty, M. y Vervaele, J. (coord.) (2000), *The Implementation of the Corpus juris in the Member States*, vol. I, Intersentia, Antwer-

cómo los creadores de este proyecto se mostraron, también desde esta perspectiva, particularmente valientes. No se limitaron a mencionar, de hecho, expresamente el canon de la “*légalité des poursuites*”, sino que decidieron templanlo, abriendo las puertas al art. 19 a una serie de instituciones alternativas a la acción penal¹⁶: en esta disposición se incluyeron tres alternativas al enjuiciamiento, a través de las cuales el Fiscal Europeo podía evitar poner en marcha la maquinaria de enjuiciamiento de la Unión sobre la base de opciones técnicas. Incluso si hubiera pruebas suficientes en contra, podría evitar el enjuiciamiento: a) mediante la remisión a las autoridades nacionales en el caso de delitos menores o de delitos que afecten principalmente a los intereses nacionales; b) mediante una decisión de sobreseer el caso, tras el reconocimiento de culpabilidad por parte del sospechoso, junto con la indemnización por los daños o los fondos recibidos indebidamente; c) autorizando a la autoridad nacional a iniciar, bajo ciertas condiciones, un procedimiento de transacción con el acusado. Si es evidente que, a través de estos mecanismos acelerados, los compiladores pretendían maximizar el nivel de eficiencia de la Fiscalía Europea, debe reconocerse, sin embargo, que los compiladores del proyecto también prestaron especial atención al perfil de las garantías de los acusados, queriendo dictar directamente a nivel europeo una serie de salvaguardias comunes para las personas llamadas a negociar con los Fiscales Europeos¹⁷.

Como es sabido, el *Corpus juris* sirvió después de modelo para los sucesivos proyectos de creación de una Fiscalía Europea, presentados directamente por las instituciones europeas. Esto es cierto tanto para el Libro Verde sobre los intereses financieros de la Unión de 2001¹⁸, como para la

pen-Gronigen-Oxford, 2000. En español, véanse Bacigalupo, E. y Castaño, M. L. S. (coord.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004.

¹⁶ Sobre este punto, v. Lupária, L., “Profili dell’azione penale ‘europea’”, en Picotti, L. (coord.), *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 231-247.

¹⁷ El Fiscal Europeo podría autorizar el cierre del procedimiento con una transacción solamente si se cumplen las siguientes condiciones: el libre reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado; la existencia de pruebas suficientes contra el acusado para justificar el enjuiciamiento; así como la proporcionalidad de la medida elegida y la gravedad de los hechos alegados. Como salvaguardias de cierre del sistema, la versión del 2000 del escrito preveía tanto la publicidad del acuerdo final como, sobre todo, su sometimiento a un necesario control judicial.

¹⁸ COM (2001) 715, 11.12.2001. Para un comentario, véanse Vervaele, J., “From Eurojust to the European Prosecution Service”, en Espina Ramos, J. A. Vincente Carbajosa, I. (coord.), *The Future European Public Prosecutor’s Office*, Imprenta Nacional Del Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2009, pp. 125-162, esp. pp. 145 y sigs. y Ligeti, K., “The European Public Prosecutor’s Office:

propuesta original de creación de la Fiscalía Europea de Julio de 2013¹⁹, cuya aprobación (profundamente enmendada) ha conducido a la adopción del Reg. 1939/2017. Aunque ambas iniciativas prefirieron referirse a nivel terminológico a un verdadero canon de “obligatoriedad del enjuiciamiento”, en lugar del de la “legalidad”²⁰, hay que reconocer que estas tampoco quisieron proclamar el principio de manera rígida. A pesar de las declaraciones de principios contenidas en ambos textos, la idea fundamental de la Comisión sigue siendo, en efecto, dar vida a un modelo de enjuiciamiento “moderado”, si no “distorsionado”²¹, por el poder otorgado a la Fiscalía Europea, no sólo de sobrepasar el asunto en caso de hecho no grave, sino también de concluir con el acusado verdaderas transacciones penales²². En cambio, hay que señalar como estas propuestas eran ya mucho menos ambiciosas en el plano de la tutela de los derechos procesales de los acusados

A este respecto, cabe recordar que, incluso después de las complejas negociaciones que se hicieron necesarias para aprobar el Reg. 2017/1939, el sistema de la Fiscalía Europea también se inspiró en un principio de legalidad (moderada) de la acción penal²³; locución, esta última, que al final ha

How Should the Rules Applicable to its Procedure be Determined”, en *European Criminal Law Review*, 2011, pp. 123-148, esp. pp. 128 y sigs.

¹⁹ COM (2013) 535, 17.7.2013. Para un análisis de la propuesta, véase, además del volumen de Moreno Catena, V., *Fiscalía europea y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, Caianiello, M., “Sull’istituzione del Pubblico Ministero Europeo”, en *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 1444-1461; Camaldo, L. (coord.), *L’istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014; Grasso, G., Illuminati, G., Sicurella, R. y Allegrezza, S. (eds.), *Le sfide dell’attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milano, 2013; Nowak, C., (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office and National Authorities*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2016.

²⁰ Con respecto a la propuesta de Reglamento de 2013, esto se aplica al menos a las versiones italiana, inglesa y española del texto; mientras que en la alemana y la francesa ya se hacía referencia al concepto de “legalidad” de la acción penal. En cuanto a la distinción entre el concepto de “obligación” y de “legalidad” de la acción penal, cf. la opinión acreditada de Chiavario, M., *L’azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 97-99.

²¹ Respecto a esto tema, véase Rafaraci, T., “Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l’innesto delle indagini nel procedimento nazionale”, en *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 321-328, esp. p. 335.

²² Sobre este punto, véase Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2019, pp. 571-580.

²³ En este sentido, véase, entre otros, Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Wolter Kluwer – Cedam, Milano, 2021, pp. 130-134; Caianiello, M., “The decision to drop the case in the new EPPD’s regulation: *Res iudicata* or *transfer of competence?*”, en *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 2, pp. 186-199, esp. pp. 188 y sigs. y 193; Ruggeri, S., “*Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*”, cit., pp. 611 y sigs., así como González Cano, M. I., “La Fiscalía europea. Especial Consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, en Arangüena

sido preferida a la de obligatoriedad, porque más coherente con el lenguaje común a varias culturas penalistas y procesualistas “nacionales”; entre ellas las francesas, alemanas y españolas²⁴. En este sentido, los considerandos 66 y 81 del Reglamento establecen respectivamente: «con el fin de garantizar la seguridad jurídica y luchar eficazmente contra los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, las actividades de la Fiscalía Europea en materia de investigación y ejercicio de la acción penal deben regirse por el principio de legalidad» y «teniendo en cuenta el principio de legalidad, las investigaciones de la Fiscalía Europea deben, por regla general, derivar en acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en los casos en que existan pruebas suficientes y no existan motivos jurídicos que impidan ejercer la acción penal o en los que no se haya aplicado ningún proceso penal simplificado por acuerdo».

Teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta la Fiscalía Europea, no podemos sino reiterar lo que ya se había dicho a principios de la década de 2000, a propósito del *Corpus juris*: «el camino hacia la legalidad era probablemente el único viable... por motivos políticos penales y por la necesidad de prevenir cualquier falta de homogeneidad de la represión del fraude comunitario en el futuro espacio judicial común»²⁵. De hecho, hay que recordar que el principio de legalidad de la acción asume un fuerte valor simbólico, «porque desde siempre se considera que cumpla con tres objetivos centrales [...]: la protección de la igualdad de trato de los ciudadanos ante la ley, la protección en el ámbito procesal del principio de legalidad penal, que sería traicionado si se llevasen a cabo selecciones en la represión de los delitos, la protección de la independencia del Fiscal frente a los otros poderes»²⁶.

Por otro lado, observando también la dinámica interna de los Estados miembros, debe reconocerse que desde hace algún tiempo se viene pro-

Fanego, C. y otros (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 551-574, esp. p. 562 y sigs. Secondo Ligeti, K., “The Place of the Prosecutors in Common Law and Civil Law Jurisdictions”, in Brown, D. K., Turner, J. I., Weisser, B. (coord.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 139-163, esp. p. 160 «*the European legislator has opted for a moderate version of the opportunity principle*». Particularmente matizada es la posición de Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., pp. 3679-3685, que, aún así, llega al resultado de la compatibilidad entre el Reglamento de la Fiscalía Europea y el canon de la obligatoriedad de la acción penal.

²⁴ Sobre el punto véase Chiavario, M., *L’azione penale tra diritto e politica*, cit., p. 98.

²⁵ Véase Lupária, L., “Profili dell’azione penale ‘europea’”, cit., p. 236.

²⁶ La cita está tomada de Kostoris, R. E., “Obbligatorietà dell’azione penale e criteri di priorità fissati dalle Procure”, en *Cassazione penale*, 2020, pp. 2178-2184, esp. p. 2179.

duciendo una contaminación gradual entre sistemas inspirados en los paradigmas obligatorio y discrecional de la persecución penal. En los ordenamientos jurídicos basados en el principio de oportunidad, asistimos a la búsqueda y preparación de garantías jurídicas adecuadas; mientras que, por otro lado, en los sistemas inspirados en el principio de obligación, hay aperturas hacia momentos de discrecionalidad²⁷. En consecuencia, aun en el sistema en cuestión, no cabía esperar una solución similar: un principio de legalidad atemperado por espacios de discrecionalidad técnica (no puramente política).

Si esto es cierto, hay que reconocer que, como resultado de las fuertes contraposiciones políticas surgidas durante los trabajos preparatorios, el Reg. 1939/2017 ha creado un sistema de normas de acción penal en su conjunto menos ambicioso que el que se desprendía de las diferentes propuestas presentadas a lo largo de los años; tanto desde la perspectiva del procedimiento aplicable (mucho más farragoso y lleno de puntos oscuros) tanto de las garantías contempladas para los acusados (globalmente muy escasas). Lo antedicho ocurre ya con las normas que regulan la decisión de la fiscalía de solicitar un juicio, en el que ha llegado ahora el momento de centrar la atención.

III. PERFILES OPERATIVOS DE LA ACCIÓN PENAL EUROPEA

Hay que reconocer que la decisión sobre el ejercicio o no de la acción por parte de la Fiscalía Europea —tomada en su conjunto, ya que, como veremos en esta fase, tanto el componente “descentralizado” de la estructura de la Fiscalía Europea como el “central” entran en juego— se puede desglosar en varias macroopciones básicas.

Al final de las investigaciones, la Fiscalía Europea está llamada, en primer lugar, a tomar una decisión sobre la necesidad de proceder (*an procedendum*): esto significa que tiene que solicitar un juicio o archivar el caso. En el caso de que se consideren concurridas las condiciones para el ejercicio de la acción la Fiscalía tiene que decidir cómo actuar (*quomodo procedendum*): elegir entre el procedimiento ordinario o la activación de un procedimiento penal simplificado²⁸.

²⁷ Sobre este tema, véase Lupária, L. “Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo”, en *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1751-1758.

²⁸ Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 193.

La regla central es el art. 35 titulado “Conclusión de la investigación” (especificado por el art. 56 del Reglamento interno de la Fiscalía Europea). Establece: «cuando el Fiscal Europeo Delegado [FED] encargado considere concluida la investigación, presentará un informe al Fiscal Europeo Supervisor [FES], con un resumen del caso y una propuesta de decisión sobre si se debe incoar una acción penal ante un órgano judicial nacional o considerar la remisión del caso, su archivo o un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo, con arreglo a los artículos 34, 39 o 40. El FES transmitirá dichos documentos a la Sala Permanente competente, acompañados, si lo considera necesario, de su propio informe».

Sobre este punto, es útil señalar que la referencia a que las investigaciones hayan llegado a su conclusión parece asumir una doble importancia: en efecto, esta expresión no parece indicar, «sólo un momento temporal (cuando la fase de investigación haya concluido), sino también un objetivo metodológico (que el trabajo de investigación se haya realizado [...] recogiendo todo lo necesario a nivel informativo para adoptar la opción más adecuada)»²⁹. Por otra parte, el hecho de que la Fiscalía Europea deba necesariamente llevar a cabo las investigaciones con la diligencia suficiente para alcanzar un nivel adecuado de “exhaustividad” de las mismas se deriva de la necesidad de realizar fielmente, no solo el canon de legalidad de la acción penal, al cual se ha inspirado el Reglamento, sino, sobre todo, el mandato que se le ha concedido de proteger mejor los intereses financieros de la UE. Por otro lado, si la nueva estructura pudiera dejar sin explorar determinados nodos de investigación, el postulado original para el que fue creada —es decir, perseguir de manera más eficiente los delitos que perjudican a las eurofinanzas— sería traicionado en concreto.

Una vez recibidos los documentos, la Sala Permanente adopta la decisión que le corresponde: si piensa adherirse a la opción sugerida por el FED, este deberá encargarse de implementar el plan estratégico aprobado por el órgano colegiado en la práctica. Si, por el contrario, la Sala estima necesario apartarse de las indicaciones del FED, podrá en primer lugar revisar exhaustivamente el expediente de investigación, y luego eventualmente llegar a una resolución en sentido diferente a la que ha sido propuesta por el magistrado nacional. En este punto, sin embargo, merece la pena señalar cómo la regulación de la Fiscalía Europea está claramente marcada por un

²⁹ La cita está tomada de Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 196.

*favor actionis*³⁰. En este sentido, el art. 36 párr. 1, según el cual, si la FED propone en su informe enjuiciar, la Sala Permanente no puede orientarse en sentido contrario (es decir, no puede ordenar su archivo). En contrario, ante una indicación orientada a la inacción del juez de instrucción nacional, la Sala es libre de optar por el camino contrario, ordenando la formulación de la acusación.

A confirmación de la opción del legislador europeo por el *favor actionis*, está el mecanismo de “silencio consentimiento”, regulado por el mismo art. 36 párr. 1: cuando el Fiscal Europeo Delegado presenta un proyecto de decisión en el que propone llevar un caso a juicio, la Sala Permanente se pronuncia sobre dicho proyecto en un plazo de 21 días; si la Sala Permanente no adopta una decisión en el plazo de 21 días, se considerará aceptada la decisión propuesta por el Fiscal Europeo Delegado.

La circunstancia de que el Reg. 2017/1939 —a diferencia de otros proyectos desarrollados a lo largo de los años, como el *Corpus juris*³¹, el libro verde de 2001³² o las *Model Rules for the Procedure of the EPPO*³³— padezca de una opacidad preocupante en cuanto a la determinación de los están-

³⁰ Al respecto, véanse Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, cit., p. 128; Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3686; Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 194; Pressacco, L., “Indagini e promovimento dell’azione penale del pubblico ministero europeo”, cit., p. 1390; Rafaraci, T., *Brief Notes on the European Public Prosecutor’s Office: Ideas, Project and Fulfilment*, en Rafaraci, T. y Belfiore, R. (coord.), *EU Criminal Justice*, cit., pp. 157-163, esp. p. 161.

³¹ En efecto, debe recordarse que la disposición de aplicación art. 21 párr. 1 del *Corpus Juris* establecía que el Fiscal Europeo debía «basar cada una de las imputaciones en pruebas suficientes para demostrar que existen razones serias para creer que el acusado cometió el delito que se le acuse».

³² Véase COM (2001) 715, 11.12.2001, § 6.2.4.2, donde se afirmaba que para optar por la acusación la Fiscalía, «tras haber procedido con imparcialidad y diligencia, [...] debería haber adquirido elementos de prueba suficientes para sostener que el acusado ha cometido un delito que entra en su ámbito de competencia. Habida cuenta de las evidencias recogidas, en este caso una condena debería ser más probable que una absolución».

³³ Se hace referencia al texto (disponible online en la página: <https://orbilu.uni.lu/bits-tream/10993/42085/1/Model%20Rules%20and%20explanatory%20notes%20EN.pdf>), presentado a los resultados de un proyecto de investigación, financiado por las instituciones de la UE y coordinado por la Profesora Ligeti, destinado a servir de modelo a la Comisión en la redacción de la propuesta de Reglamento. En efecto, el artículo 63 de dicho proyecto establecía que «if the EPPO decides that the evidence presents a reasonable prospect of conviction, it shall institute a prosecution, except where the following Rules otherwise provide». Comentario sobre las *Model rules*, véanse Di Paolo, G., “Note a margine della recente proposta di istituzione di una Procura europea contenuta nelle *Model Rules for the Procedure of the European Public Prosecutor’s Office*”, en F. Ruggieri y otr. (coord.), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 129-150.

dares de prueba que la Fiscalía Europea debe utilizar para decidir si ejercer o no la acción penal³⁴, complica, sin embargo, considerablemente el panorama descrito hasta ahora. Sobre este tema tratan, indirectamente, sólo dos normas muy vagas del texto: por un lado, el ya mencionado considerando 81, que, además de recordar el principio de legalidad, vincula el ejercicio de la acción a la presencia de «pruebas suficientes»; por otro, el art. 39, párr. 1, letra g), del Reglamento, que incluye entre los casos de archivo la hipótesis relativa a la «ausencia de pruebas pertinentes».

Pues bien, el primer problema es que —como es fácil darse cuenta— los dos conceptos mencionados no son, en sentido estricto, en absoluto análogos: mientras que la noción de “suficiencia” de la prueba seguramente se refiere a una carencia (cuantitativa y cualitativa) de elementos que apoyen la noticia de delito por la que se procede, la de “pertinencia”, en cambio, hace eco de la idea de correlación de la prueba con el *thema probandum*³⁵.

Como era inevitable, esta divergencia terminológica ha provocado una división significativa entre los intérpretes. A la opinión de quienes, sin embargo, han considerado posible superar el *impasse* lexical en vía exegética, terminando, en sustancia, para equiparar en este contexto los conceptos de “suficiencia” y de “pertinencia” de la prueba³⁶, se opuso la tesis de quienes dieron preferencia al texto del art. 39, respecto al considerando, afirmando, en cambio, que la Fiscalía Europea debería ejercer la acción penal también en el caso de que disponga de pruebas “pertinentes” pero “insuficientes”, a nivel cuantitativo y cualitativo, para sostener la acusación ante el tribunal³⁷. Una exégesis, esta última, evidentemente, idónea para maximizar la óptica de *favor actionis* que impregna el Reglamento, pero que corre el riesgo de multiplicar considerablemente el número de procesos incardinables por la Fiscalía Europea ante las autoridades judiciales nacionales.

³⁴ Sobre el tema véase Herrnfeld, H.-H., “Commento all’art. 36 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 329-345, esp. p. 332.

³⁵ Lo sugieren, con razón, De Amicis, G., “Competenza e funzionamento della procura europea nella cognizione del giudice”, en *La legislazione penale web*, 2022, pp. 1-37, esp. p. 28 y Lombardi, F., “La procura europea: A) Dal *Corpus Juris* al Decreto legislativo n° 9 del 2021”, en *Processo penale e giustizia*, 2021, pp. 927-950, esp. p. 939.

³⁶ De este dictamen, por ejemplo, Brodowski, D., “Commento all’art. 39 del Regolamento 2017/1939”, in *European Public Prosecutor’s Office. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 356-371 y esp. p. 365 y Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 201.

³⁷ En este sentido, véase De Amicis, G., “Competenza e funzionamento della procura europea nella cognizione del giudice”, cit., p. 28 y Lombardi, F., “La procura europea: A) Dal *Corpus Juris* al Decreto legislativo n° 9 del 2021”, cit., p. 939.

Pero los problemas no terminan aquí. Cabe señalar que, debido a la ambigüedad de la redacción literal del Reglamento, los intérpretes han expresado opiniones contradictorias incluso sobre la naturaleza “autónoma” o no de la norma de juicio empleada por la Fiscalía Europea para incoar el proceso. Según una primera lectura, los conceptos de prueba “suficiente” y “pertinente” deberían entenderse, en efecto, como puramente “europeos”, de modo que sólo exista un estándar probatorio válido para que la Fiscalía Europea intente el juicio que debería identificarse directamente por vía exegética a nivel supranacional, incluso con la ayuda del Tribunal de Justicia³⁸. Y es precisamente desde esta perspectiva que se ha afirmado coherentemente que podría ser «todavía pronto para decir si el estándar de archivo será el de la utilidad de la litigación o la probabilidad de la condena u otro parámetro más (pero, obviamente, es el momento de llevar a cabo el debate europeo sobre qué estándar es el más apropiado)»³⁹.

Una interpretación del todo antitética ha sido, en cambio, avalada por otra parte de la doctrina, la cual, valorando la referencia al derecho interno, contenida en la primera parte del art. 39 Reg. 1939/2017 (cuando la decisión de archivar está vinculada a la imposibilidad de ejercitar la acción penal en virtud del Derecho del Estado miembro del FED encargado del asunto), sostuvo que es preciso mirar a las normas nacionales para integrar contenidos en el criterio del legislador europeo en *subiecta materia*⁴⁰. En esta perspectiva, los FED estarían llamados, en sustancia, a llenar de contenido el concepto de “ausencia de pruebas pertinentes” con las reglas de juicio previstas por cada país en donde operen.

Está claro que esta segunda opción exegética, aunque se ajuste más a la letra del Reglamento, puede producir efectos potencialmente negativos. No solo puede debilitar el alcance unificador de la creación de la Fiscalía Europea, puesto que el sistema de represión de los delitos PIF terminaría

³⁸ Corroboran esta tesis Panzavolta, M., “Responsabilità e concetti: il regime normativo e la scelta della giurisdizione nelle indagini dell’EPPD in cerca di orientamento”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., pp. 93-132, esp. pp. 113-115.

³⁹ Así Panzavolta, M., “Responsabilità e concetti: il regime normativo e la scelta della giurisdizione nelle indagini dell’EPPD in cerca di orientamento”, cit., p. 115.

⁴⁰ En este sentido, véase Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 201; Herrnfeld, H.-H., “Commento all’art. 36 del Regolamento 2017/1939”, cit., p. 332 y Rafaraci, T., *Brief Notes on the European Public Prosecutor’s Office: Ideas, Project and Fulfillment*, cit., p. 161. Véase, en este sentido, también Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, cit., p. 137, según el cual «cuando la conclusión del procedimiento corresponda a las hipótesis específicas y imperativas previstas en la normativa supranacional, la Sala Permanente deberá evaluarlas con arreglo a las normas nacionales».

siedo fundado en un estándar de “geometría variable”⁴¹, sino que también podría aumentar el riesgo de que, al aplicar normas diferentes, los FED puedan llevar a cabo operaciones estratégicas criticables relativas a la elección del foro más adecuado, identificándolo en función del criterio decisorio que deba cumplirse en cada caso concreto⁴². Un riesgo, éste, lejos de ser teórico en razón de los amplios espacios de discrecionalidad que —como es sabido— el mismo art. 36 del Reglamento deja a los Fiscales Europeos en la elección de la jurisdicción en la que se ejercerá la acción penal⁴³. A este respecto, de hecho, se prevé que la Sala Permanente, en principio, deberá preferir que la acción penal se lleve a cabo en el Estado FED a cargo del caso, es decir, aquel en el que se encuentre, de conformidad con el art. 26, “el centro de la actividad delictiva o (...) en el que se haya cometido la mayor parte de los delitos”. Sin embargo, se permiten diferentes opciones, si hay “motivos suficientes”: si este es el caso, la Sala puede ordenar que la acción penal se ejerza en otro sistema estatal, en consecuencia, designando un FED diferente que opere en esa jurisdicción. Un espacio de discrecionalidad, que, como denuncia justamente la doctrina, puede determinar casos de *forum shopping*, abriendo, de este modo, la puerta a posibles violaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales (el art. 47 dispone que el juez debe ser establecido previamente por ley⁴⁴).

Lo expuesto pone de manifiesto, en definitiva, las consecuencias negativas derivadas de la timidez manifestada por el legislador europeo sobre el tema de las normas de juicio aplicables al decidir sobre el ejercicio o no de la acción penal: la falta de normas claras a este respecto provoca una peligrosa situación de incertidumbre entre los profesionales del Derecho sobre un punto crucial de la disciplina. Lo que lleva a desear que el Colegio de la Fiscalía Europea hiciera lo antes posible algo al respecto, por lo menos emitiendo directrices sobre la materia, con arreglo al art. 9 del

⁴¹ Habla de un canon de archivo “de geometría variable” Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3684.

⁴² Señala dicho peligro Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 201.

⁴³ Sobre este punto, Mitsilegas, V., “European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor’s Office and the rule of law”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, 28(2), pp. 245-264, esp. p. 257.

⁴⁴ Son palabras de Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 192.

Reglamento⁴⁵ que aclaren cuál de las diferentes lecturas posibles del texto debe preferirse⁴⁶.

IV. EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS MOTIVOS DE ARCHIVO

El procedimiento de archivo se regula en el citado art. 39 del Reglamento de la Fiscalía europea. En cuanto a los casos a los que se permite no actuar, dicho artículo proporciona una lista heterogénea: es cierto que entre las hipótesis formuladas hay varias que parecen sujetas a una aplicación rígida; otros, en cambio, ofrecen soluciones de aplicación en las que el intérprete puede disfrutar de un margen de apreciación⁴⁷. Entre los primeros están los casos de razones formales: esta categoría incluye hipótesis relativas a la muerte del sospechoso o acusado, o a su enfermedad mental; las relativas a la liquidación de la persona jurídica procesada; casos de amnistía o prescripción; la inmunidad y, finalmente, el *ne bis in idem*. En cambio, pertenece a los casos que atribuyen al intérprete un espacio de discrecionalidad técnica la ya mencionada hipótesis relativa a la falta de prueba⁴⁸.

Sin embargo, dicho esto, cabe observar que una de las cuestiones cruciales reside en identificar si la lista contenida en el presente artículo debe considerarse un número cerrado; o, en otras palabras, evaluar si el Fiscal Europeo está autorizado a no intentar el proceso solo en los casos establecidos por el art. 39, o incluso en otras situaciones contempladas por el derecho nacional.

⁴⁵ En efecto, esta disposición establece que el Colegio adopte decisiones sobre cuestiones estratégicas, en particular con el fin de garantizar la coherencia, la eficiencia y la uniformidad de la política de actuación de la Fiscalía Europea en todos los Estados miembros. A este respecto, debe señalarse que —como se aclara en el considerando n° 24 del Reglamento— el fundamento jurídico del art. 9 del Reglamento también puede utilizarse para establecer verdaderos “criterios de prioridad” para especificar los procedimientos que la Fiscalía Europea tenga que investigar y para los cuales tenga que ejercer la acción penal con prioridad. Sobre el tema, véase Burchard, C., “Commento all’art. 9 del Regolamentoo 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article Commentary*, cit., pp. 64-74, esp. p. 68.

⁴⁶ La esperanza parece ser compartida también por Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 202.

⁴⁷ Para un estudio analítico de los diferentes hipótesis de archivo, véase Brodowski, D., “Commento all’art. 39 del Regolamentoo 2017/1939”, cit., pp. 362-366.

⁴⁸ Sobre el tema, véase, otra vez Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., pp. 200-201.

Aparentemente la adhesión a la tesis de la exhaustividad de los motivos que permiten de archivar un caso debería darse por descontada⁴⁹: y precisamente porque en tal sentido, se expresa explícitamente el considerando 81 del Reglamento. En efecto, este establece que, «los motivos que permiten archivar un caso se establecen de manera exhaustiva en el presente Reglamento». Y, efectivamente, esta perspectiva ha sido acogida por algunos legisladores nacionales (incluido el español), que, en el momento de la aplicación del Reglamento de la Fiscalía Europea, han declarado expresamente que los Fiscales Europeos están autorizados a sobreseer la acción penal únicamente por los motivos contemplados en el art. 39, párr 1⁵⁰.

Sin embargo, hay que señalar que la afirmación sobre la total obligatoriedad de los motivos de archivo ha sido censurada por una parte de los intérpretes⁵¹, basándose en múltiples argumentos.

Al principio, se ha sostenido que la tesis de la exhaustividad de los motivos de inacción sería refutada, en los hechos, por la primera parte del art. 39 del Reg. *EPPO*, que, como se ha mencionado, contiene una referencia ambigua al hecho de que, para ordenar el archivo, el ejercicio de la acción penal debe haber resultado imposible con arreglo al derecho del Estado miembro del FED. Pues bien, precisamente esta remisión al derecho interno (léida junto con el hecho de que el mismo considerando n° 81 utiliza, de manera contradictoria, la expresión “*as a rule*” referida a la necesidad de ejercitar la acción, pareciendo, por tanto, legitimar espacios residuales de discrecionalidad en la materia) se consideró adecuada para permitir a la Fiscalía Europea utilizar causas de inacción previstas en las fuentes internas y no también en el art. 39⁵².

En segundo lugar, se ha seguido diciendo que sería contrario a «razones evidentes de economía procesal imponer la promoción de la acción penal», incluso cuando las fuentes internas contemplen supuestos de archivo: «[En

⁴⁹ Consideran imperativos los motivos de archivo establecidos por el Reglamento, por ejemplo, Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, p. 133; Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 200; Traversa, E., “I tre principali aspetti istituzionali dell’attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza”, en *Archivio penale web*, 2019, 3, pp. 1-72, esp. p. 40.

⁵⁰ Se hace referencia al art. 109, párrafo 1, letra a) de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3684 y Brodowski, D., “Commento all’art. 39 del Regolamento 2017/1939”, cit., pp. 361 y sigs.

⁵² Insiste sobre este punto Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3684.

efecto], se llegaría [así] a instaurar un procedimiento destinado a ser “sobresido” en una fase posterior sobre la base del derecho nacional, el único aplicable en un procedimiento judicial»⁵³.

Por último, a nivel de valores, se han resaltado una vez más los efectos negativos sobre el canon del juicio justo y sobre el principio de igualdad, que se derivarían del no permitir a un sospechoso invocar un motivo de archivo al que tendría derecho con arreglo al derecho nacional, pero no contemplado por el Reglamento⁵⁴. En particular, se observó que, de este modo, se produciría un deterioro «*of a defendant's position in criminal proceedings that are initiated by the EPPO, as compared to his or her position if the proceedings had been purely domestic*»⁵⁵. Y esto, entre otras cosas, en violación del “principio de equivalencia”, establecido en el considerando nº 88 y en el art. 41 del Reglamento que establece que los sospechosos y acusados de los procedimientos de la Fiscalía Europea deberían disfrutar de todos los derechos procesales garantizados por el sistema nacional aplicable⁵⁶. Por otra parte, es difícil negar que «*a deterioration of a suspect's position should not be considered acceptable for one of the most crucial decisions in any case: the decision to prosecute or not*»⁵⁷.

Pues bien, la última de las criticidades descritas pone de manifiesto que la tesis de la no exhaustividad absoluta de los motivos de archivo previstos por el Reglamento tiene un valor significativo: es capaz de suavizar un punto de fricción particularmente delicado entre el acto europeo y los derechos fundamentales del individuo. Por otra parte, como ya se ha dicho, la parte vinculante del Reglamento es especialmente ambigua, al remitirse explícitamente al derecho interno antes de enumerar los motivos de archivo, de modo que entre las diferentes exégesis posibles del texto parece que hay que avalar la más conforme a los derechos fundamentales.

Sin embargo, hay que hacer una precisión sobre este punto: en nuestra opinión, lo esencial es que, al abrir las puertas a nuevos casos de archivo, no se acabe por distorsionar el canon general de legalidad de la acción, que inspira el proyecto de armonización europeo. Y es precisamente por esta ra-

⁵³ En este sentido, véase, otra vez Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3685.

⁵⁴ A este respecto véase van Zijl, R., “Case dismissal: legality principle v. prosecutorial discretion”, en <https://ecba.org>, pp. 1-5.

⁵⁵ La cita está tomada de van Zijl, R., *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶ A este respecto véase Brodowski, D., “Commento all’art. 41 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor's Office. Article by Article Commentary*, cit., pp. 382-400.

⁵⁷ V. ancora van Zijl, R., “Case dismissal: legality principle v. prosecutorial discretion”, cit., p. 5.

zón que parece necesario considerar que los Fiscales Europeos puedan hacer uso, como máximo, de las hipótesis de archivo previstas por el derecho nacional y no contemplados en el art. 39, que se basen en datos puramente objetivos (como, por ejemplo, la edad demasiado joven o avanzada del acusado), o en evaluaciones puramente técnicas (por ejemplo, si la actividad delictiva ha sido incitada ilegalmente por un agente provocador)⁵⁸. Por el contrario, la Fiscalía Europea nunca podrá recurrir a motivos de inacción basados en un margen de discrecionalidad de naturaleza puramente política. Es evidente que, de este modo, se garantizarán al sistema europeo las condiciones de mantener una cierta flexibilidad, sin traicionar así el diseño de fondo construido por el legislador europeo.

Ahora bien, es preciso aclarar que, cuando tal exégesis conforme a los derechos fundamentales no se considere viable, parece inevitable seguir una vía más radical, que pasa por la presentación al Tribunal de Justicia de una cuestión de validez con arreglo al art. 267 TFUE de la última parte del considerando 81 y art. 39, respecto al canon de igualdad, que se reconoce tanto en el Tratado (art. 2) como en la Carta (art. 20), así como en los arts. 47 y 48 de la Carta de Niza, en materia de *fair trial*. En efecto, en el sistema eurounitario, corresponde al Tribunal de Luxemburgo valorar si las instituciones europeas han ido realmente demasiado lejos, reduciendo excesivamente los valores sobreordenados del sistema de la UE.

Más allá de esto, un dato es cierto: también desde esta perspectiva es deseable que el Colegio de la Fiscalía Europea adopte, lo antes posible, una posición clara sobre este punto⁵⁹. Frente a un legislador de la UE que ha utilizado una sintaxis indudablemente desafortunada y ambigua, no cabe duda, por otra parte, que corresponde en primer lugar a la Fiscalía Europea, dentro de los límites de los espacios (verdaderamente amplios) dejados a las directrices centrales de la misma, asumir la responsabilidad de intervenir en las cuestiones exegéticas más problemáticas, como la que nos ocupa.

⁵⁸ Sobre el tema, véase Brodowski, D., “Commento all’art. 39 del Regolamento 2017/1939”, cit., p. 359.

⁵⁹ En cualquier caso, es útil recordar que la propia Fiscalía Europea parece indirectamente orientada en el sentido de la obligatoriedad, ya que en el primer informe estadístico sobre el funcionamiento de la nueva estructura (si se hace referencia al documento de la Fiscalía Europea, 2021 Annual report, en <https://www.eppo.europa.eu>.) se refiere únicamente a los motivos de archivo previstos explícitamente en el Reglamento.

V. ¿QUÉ CONTROL SE EJERCE SOBRE LA OPCIÓN DE NO ACTUAR?

Como es sabido, un criterio importante para medir el nivel de efectividad que el principio de legalidad de la acción penal asume en un sistema procesal determinado es examinar los dispositivos desplegados por el mismo para verificar que el Fiscal no exceda los límites de la discrecionalidad que se le atribuyen a la hora de decidir si iniciar o no un proceso⁶⁰. Incluso si se observa el Reglamento de la Fiscalía Europea desde esta perspectiva, se verá que el legislador europeo ha optado por un sistema moderadamente flexible, que se basa en una combinación entre un necesario control jerárquico interno a la Fiscalía Europea sobre la decisión de archivar y uno jurisdiccional probable, que podrá activarse a petición de los interesados. Desde un punto de vista procedimental, la primera disposición clave en la materia sigue siendo el art. 39: este da la facultad de archivar la diligencia a la Sala Permanente, sobre la base de una solicitud y de un informe del FED y, en su caso, del dictamen del FES que piense presentar su opinión sobre el punto⁶¹. De este modo, la responsabilidad sobre la decisión de archivar se confió al nivel central de la Fiscalía Europea; nivel considerado, evidentemente, más idóneo para garantizar una mayor uniformidad en la actuación de la Fiscalía en su conjunto.

Por otra parte, si bien esto sea parcialmente cierto, debe señalarse que, en relación con una serie de delitos (entre ellos, los relacionados indisolublemente con los de competencia de la Fiscalía Europea o los fraudes en las licitaciones), el pár. 3 del art. 39 establece un procedimiento especial de consulta entre la Fiscalía Europea y los órganos jurisdiccionales internos que debe iniciarse antes de la eliminación de la *notitia criminis*⁶².

En los casos en que la Sala Permanente decida archivar el caso, la misma está obligada a informar de dicha decisión a una serie de instituciones y entidades. A recibir dicha comunicación son tanto las autoridades nacionales

⁶⁰ Insiste con razón sobre el punto Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3687.

⁶¹ A este respecto, véase Brodowski, D., “Commento all’art. 39 del Regolamento 2017/1939”, cit., p. 366.

⁶² Sobre el punto, véase Brodowski, D., “Commento all’art. 39 del Regolamento 2017/1939”, cit., p. 369. Otras hipótesis de coordinación entre los magistrados que actúan dentro de las jurisdicciones nacionales y la Fiscalía Europea sobre la opción de no actuar son, en cambio, previstas por el art. 34, que regula la delicada cuestión de las remisiones y transferencias de procedimientos de la Fiscalía Europea a las autoridades nacionales. Para un análisis analítico de la disciplina en la materia véase Herrnfeld, H.-H. (2021), “Commento all’art. 34 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article Commentary*, cit., pp. 309-321.

competentes y las instituciones, órganos, oficinas y las agencias de la Unión interesadas (piénsese en la OLAF, que podría, de todas formas, activar un procedimiento administrativo), como —“cuando así proceda de conformidad con la legislación nacional”— los acusados y las víctimas del delito. Por lo menos en relación con las víctimas tal (enésima) remisión a la disciplina interna parece criticable; y esto en cuanto la comunicación de la decisión de no actuar es ineludible, puesto que es indirectamente impuesta por el art. 11, pár. 1, de la directiva 2012/29/UE, que garantiza a todas las víctimas de delitos (y, por tanto, a las víctimas de crimines imputados a la Fiscalía Europea) el derecho a solicitar la revisión de una decisión de no ejercitar la acción penal⁶³. Por lo demás, está claro que, para ser efectiva, dicha garantía requiere necesariamente una información previa sobre la decisión de no actuar del Fiscal.

Sea como sea, hay que señalar que esta articulada obligación comunicativa es propedéutica al hecho de que el mismo Reglamento abre, como anticipado, a un eventual control jurisdiccional posterior a la decisión interna de la Fiscalía de archivar el asunto. De este aspecto se ocupa el art. 42, pár. 3, que representa una de las pocas normas de garantía que no figuraba en la propuesta original de la Comisión y que se introdujeron en las negociaciones del acta europea⁶⁴. Establece que «las decisiones de la Fiscalía Europea por las que se archive un caso, en la medida en que sean impugnadas directamente con arreglo al Derecho de la Unión, serán objeto de control jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE». Como ha señalado correctamente la doctrina, este término, en el presente caso, no parece, sin embargo, particularmente restrictivo, ya que, con referencia al procedimiento de archivo, la disciplina dictada por el Reglamento parece casi exhaustiva y en todo caso inclusiva de los pasajes más importantes de la materia⁶⁵. Incluso en este caso, la víctima ciertamente debe ser incluida entre los sujetos legitimados para impugnar la presentación, ya que tiene que ser aplicada la Directiva 29 de 2012 (que, como hemos visto, impone esta prerrogativa a favor del sujeto pasivo del delito).

⁶³ Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 205.

⁶⁴ Sobre la génesis de la disposición, véase Herrnfeld, H.-H., “Commento all’art. 42 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article Commentary*, cit., pp. 400-440, esp. p. 433.

⁶⁵ Véase otra vez Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 205.

Por consiguiente, vale la pena señalar que el Reglamento no prevé expresamente que la decisión de la Fiscalía Europea de archivar un asunto pueda ser censurada ante las jurisdicciones nacionales. Aun así, parece, de todas formas, que tal eventualidad podría ser admitida en cumplimiento de la previsión general del art. 42 párr 1 del Reglamento, que regula la materia de “controles judiciales” a la que están sujetas determinadas disposiciones de la Fiscalía Europea⁶⁶. En este sentido, cabe recordar que esta disposición establece que «los actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros serán objeto de control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional». Pues bien, dado que la decisión de archivar es ontológicamente un acto susceptible de producir efectos en el ámbito jurídico del acusado y de la víctima (sujetos que, en cumplimiento del considerando n. 87, debe incluirse en el término genérico —desafortunado— “tercero”), parece que se pueda afirmar que la misma, cuando se censure únicamente sobre la base del Derecho nacional, pueda ser objeto de un control por parte de un juez interno⁶⁷. Cabe señalar que una confirmación puntual de la sostenibilidad de esta tesis se deriva, por otra parte, del art. 59 párr 5 del Reglamento interno de la Fiscalía Europea, que establece expresamente que si «*a national court or the European Court of Justice following the review of a dismissal decision decide that the EPPO should reopen the case, the supervising European Prosecutor shall assign a European Delegated Prosecutor to continue the investigation*»⁶⁸.

Si bien es cierto, es de todas maneras necesario señalar que, incluso con este correctivo, el procedimiento regulado en el Reglamento europeo no se ajusta a los ordenamientos nacionales —como el italiano— que, para sus

⁶⁶ En este sentido se expresan el Deputy European Chief Prosecutor, Andrés Ritter, en la ECBA Autumn conference del 1-2 Octubre 2021, p. 8, y Herrnfeld, H.-H., “Commento all’art. 42 del Regolamento 2017/1939”, cit. p. 434. *Contra*, en cambio, Mitsilegas, V. y Giuffrida, F., “Judicial Review of EPPO Acts and Decisions”, en Ligeti, K., Antunes, M. J. y Giuffrida, F. (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch*, cit., pp. 115-136, esp. pp. 125-126, los cuales consideran que la decisión de archivo esté sujeta únicamente al control del Tribunal de Justicia.

⁶⁷ Por lo demás, si es cierto que el párr. 3 del art. 42 se abre con una cláusula derogatoria al párr. 1 de la misma disposición, también es cierto que el mismo se refiere únicamente a un control del Tribunal de Justicia basado en el mero Derecho europeo y no en el nacional. De ello se deduce, por lo tanto, que la exclusión total del control de un órgano jurisdiccional interno sobre el archivo haría que las infracciones de las normas nacionales que la Fiscalía Europea pudiera utilizar en la materia resultaran irreparables, a pesar de que tengan fundamento jurídico en el art. 39, párr. 1 del Reglamento.

⁶⁸ Reglamento interno de la Fiscalía Europea, Decisión del Colegio, 003/2020, 12.10.2020.

procedimientos internos, contemplan, salvo casos residuales, la necesidad de un control previo necesario por parte de un juez sobre la decisión de archivar⁶⁹. Más bien, teniendo en cuenta que, en Italia, la línea de pensamiento tradicionalmente mayoritaria configura la atribución de la responsabilidad de decidir sobre el archivo a un órgano independiente e imparcial como corolario esencial del canon de la obligatoriedad de la acción penal, proclamado expresamente en el art. 112⁷⁰ de la Constitución, no es de extrañar que también a este respecto se hayan producido fuertes tensiones exegéticas. A la tesis de quienes sostienen que la normativa europea en materia de procedimiento de archivo debería prevalecer, en cualquier caso, en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE sobre la legislación nacional⁷¹, se opuso una opinión totalmente contraria. Se hace referencia a la exégesis de quienes han afirmado que, habida cuenta del rango constitucional asumido por la obligatoriedad en Italia, incluso para los delitos atribuidos a la Fiscalía Europea, el procedimiento de inacción debería ser necesariamente un acto basado en una solicitud del Fiscal Europeo Delegado, previamente aprobada por la Sala Permanente, al juez de investigación preliminar⁷². Lo que más llama la atención es que, según parece, en este segundo sentido se están orientando también algunos Fiscales Europeos Delegados italianos⁷³. Pues bien, aunque está claro que el objetivo de esta interpretación es (sin duda loable) hacer que el sistema de la Fiscalía Europea conviva mejor con los principios fundamentales del sistema procesal italiano, frente a la escasa

⁶⁹ Para un cuadro de la disciplina del archivo en Italia, véanse Caianiello, M., “voce Archiviazione”, en *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Tomo 1, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 59-80; Caprioli, F., *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994; Giostra, G., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994.

⁷⁰ Sobre el punto, véase Caianiello, M., “voce Archiviazione”, cit., p. 60, quien, además, apoya la idea de que incluso un mero control jerárquico interno entre las distintas Fiscalías podría preservar el art. 112 Cost. Una síntesis del debate italiano en materia de obligatoriedad de la acción penal se puede encontrar en el reciente volumen *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milán, 2021.

⁷¹ Véase, sobre el punto, Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 207-208, quien, de todos modos, considera plenamente compatible el sistema de la Fiscalía Europea con el artículo 112 de la Constitución italiana. Véase también Ruggeri, S., “Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea”, cit., pp. 611-615, que, no obstante, manifiesta una gran preocupación por el modelo elaborado por el Reglamento de la Fiscalía Europea.

⁷² Esta interpretación es apoyada por Belfiore, R., “L'esercizio dell'azione penale da parte dell'EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., pp. 3687-3688. Posibilista sobre el punto parece ser, también Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, cit., p. 135.

⁷³ De nuevo Belfiore, R., “L'esercizio dell'azione penale da parte dell'EPPO tra legalità e margini di discrezionalità”, cit., p. 3688.

disciplina prevista por el legislador interno en la aplicación del Reglamento 2017/1939⁷⁴, es igualmente evidente que su aplicación acabará, en cualquier caso, por comprometer, en mayor medida, la ya escasa uniformidad de la legislación europea.

Sea como sea, no hay que olvidar que el mismo art. 39 párr. 2 establece que la medida de archivo de una investigación de la Fiscalía Europea no es, en cualquier caso, “definitiva”, ya que las investigaciones pueden reabrirse “sobre la base de nuevas conclusiones desconocidas en el momento de la decisión”⁷⁵. Aunque se trate de un parámetro bastante “estricto”⁷⁶ (no siempre es fácil identificar elementos que surgieron después de la decisión de sobreseer), está claro que el mecanismo de reapertura sirve de remedio “último” contra la decisión de la Fiscalía Europea de no incoar un proceso. De hecho, quien llegue a obtener pruebas adecuadas para superar la decisión anterior podrá siempre presentarlas a la Fiscalía Europea para obtener una medida de este tipo: en ese momento —según el ya citado art. 59 del Reglamento Interno de la Fiscalía Europea— la pelota normalmente estará en el tejado del Fiscal Europeo Delegado que realizó la investigación original, al cual, después de evaluar los nuevos hechos, se le pedirá que elabore un informe sobre su impacto en la decisión de archivo. Por último, la decisión de la reapertura corresponderá, en cambio, a la Sala Permanente (por regla general también en este caso la misma que había decidido sobre la decisión de archivar), que una vez más demuestra ser «el verdadero organismo clave para todas las decisiones procedimentales significativas que la Fiscalía Europea está llamada a tomar⁷⁷».

⁷⁴ En efecto, debe recordarse que el d.lgs. 2.2.2021, n. 9, relativo a la aplicación del Reglamento de la Fiscalía Europea se ocupó principalmente de la estructura institucional de la Fiscalía Europea, estableciendo únicamente unas pocas previsiones respecto a la parte más estrechamente dinámica del procedimiento. Para un comentario sobre el acto en cuestión, véase Salazar, L., “L’adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPD alla vigilia dell’avvio delle prime indagini”, en *Sistema penale*, 6.4.2021.

⁷⁵ Sobre el punto, véase Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, cit., p. 140.

⁷⁶ Lo señala correctamente, Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 203.

⁷⁷ Son palabra de Caianiello, Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, cit., p. 204.

VI. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Algunas palabras, por último, sobre los procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal. Este es uno de los temas más discutidos en las negociaciones políticas que condujeron a la aprobación del Reglamento n. 1939/2017.

De hecho, la idea original de la Comisión de introducir una forma de transacción penal europea, aplicable horizontalmente en todos los Estados miembros, fue objeto de fuertes oposiciones⁷⁸. Mientras que algunos Países declararon ser contrarios a la introducción de un mecanismo de este tipo porque a nivel nacional no tenían previsto un instrumento similar, otros sugirieron que se tomara en consideración un verdadero sistema de “sentencia acordada” en lugar del mecanismo del compromiso⁷⁹. Inicialmente, estos debates dieron lugar a un notable potenciamiento de la previsión original sobre acuerdos penales, que se enriqueció con varios apartados nuevos, algunos de los cuales pretendían elevar el nivel de protecciones en favor de los acusados⁸⁰. Sin embargo, este intento de crear una “transacción penal europea” justo fracasó pronto, debido a la resistencia de los Estados que no tenían previstos mecanismos negociados en sus sistemas jurídicos internos⁸¹. Así que, para resolver el contraste que estaba surgiendo, ya en 2015 algunos representantes sugirieron dar un nuevo enfoque a la cuestión de la relación entre la *EPPO* y los acuerdos penales⁸². Más concretamente, varias delegaciones propusieron abandonar la idea original de la Comisión de crear un instituto europeo de negociación e incluir en la propuesta algunas normas que dieran a la Fiscalía la posibilidad de concluir compromisos con arreglo al derecho nacional, cuando ello estuviera permitido, dentro de un determinado sistema jurídico. En otras palabras, la idea era eliminar la previsión en tema de “transacciones” pero, al mismo tiempo, permitir a la *EPPO* utilizar, bajo ciertas condiciones, los mecanismos consensuados previstos en el derecho estatal, en caso de que existieran. Esta opción de política normativa resultó ser exitosa: a partir de 2016, la disposición original fue efectivamente eliminada, para ser reemplazada por una nueva disposición

⁷⁸ Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., pp. 576 y sigs.

⁷⁹ A este respecto, véase el doc. Consejo de la UE, 6318/1/15, 2.3.2015, p. 3, donde se puede encontrar una visión general de las distintas posiciones apoyadas por las delegaciones nacionales.

⁸⁰ Véase el doc. Consejo de la UE, 9372/15, 12.6.2015, p. 51.

⁸¹ Sobre este punto, v. doc. Consejo de la UE, 6318/1/15, 2.3.2015, p. 3.

⁸² Doc. Consejo de la UE, 6318/1/15, p. 3.

titulada “procedimientos simplificados de acción penal, introducida, en la versión definitiva del texto, en el art. 40 del Reglamento 2017/1939⁸³.”

Esa norma basa la celebración de acuerdos penales por parte de la Fiscalía Europea en un modelo de coparticipación. Tal y como establece el art. 35 del Reglamento, la persona llamada a activar el procedimiento simplificado es el FED, designado en cada caso. Más precisamente, este último, cuando crea que las investigaciones hayan llegado a su conclusión, está obligado a presentar a su FES un proyecto de determinación sobre la acción penal, dentro del cual se puede proponer activar un procedimiento simplificado de enjuiciamiento de conformidad con el art. 40. Además, este camino sólo puede seguirse cuando la ley nacional aplicable prevé entre sus normas procesales una forma simplificada de ejercicio de la acción penal, tendente a dictar una resolución definitiva del asunto a través de modalidades «convenidas con el sospechoso». Por su parte, el FES está obligado, no obstante, a transmitir la solicitud recibida, acompañándola, cuando lo considere necesario, con su propio informe, a la Sala permanente encargada del caso, que representa —incluso en este caso— el tercer actor necesario del procedimiento. Solo después de obtener el consentimiento de la Sala Permanente, el FED podrá disponer el procedimiento acelerado, de conformidad con las reglas establecidas por la legislación nacional. En el final, «cuando haya concluido el procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal una vez cumplidas las condiciones convenidas con el sospechoso, la Sala Permanente ordenará al Fiscal Europeo Delegado que adopte las actuaciones oportunas para poner fin al caso» (art. 40 párr. 3 Reg. 2017/1939).

El legislador de la UE ha por lo tanto dispuesto que la Sala Permanente debe manifestar su consentimiento a la solicitud del Fiscal Delegado de utilizar un mecanismo simplificado, en consideración al interés cubierto por una política de Fiscalía Europea coherente y eficaz en el ámbito de la acción penal. En todo caso, el art. 40 párr. 2 Reglamento n. 1939 prefiguró una serie de criterios que la Sala Permanente debe aplicar cuando sea llamada a acordar la propuesta de aplicación de un procedimiento convenido. El órgano *a quo*, al decidir si otorgar o no su consentimiento, debe evaluar:

⁸³ Sobre esta disposición, véanse Brodowski, D., “Commento all’art. 40 del Regolamentoo 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article by Article Commentary*, cit., pp. 371-381; González Cano, M. I., “La Fiscalía europea. Especial Consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, cit., pp. 566 y sigs; Zárte Conde, A. y de Prada Rodríguez, M., “Transactions and Simplified Procedures in the Framework of the European Public Prosecutor’s Office. A National Perspective”, en Bachmaier Winter (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office. The Challenges Ahead*, cit., pp. 165-177; Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., pp. 581 y sigs.

a) la gravedad de la infracción, en particular a tenor del perjuicio causado; b) la voluntad del presunto infractor de reparar los daños y perjuicios provocados por la conducta ilegal; c) el cumplimiento de la procedura a los “objetivos generales” y a los “principios de base” de la Fiscalía Europea que informan el reglamento.

Además, para garantizar una mayor uniformidad en el trabajo de la Fiscalía Europea, el art. 40 pár. 2 Reglamento n° 1939 invitó, de manera apreciable, al Colegio a adoptar directivas específicas para la aplicación de los procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal. Por su parte, el Colegio no tardó en implementar esta disposición ya en diciembre de 2020, emitiendo unas *Guidelines on Simplified Procedures*⁸⁴, en cuyo seno se establecen algunos criterios importantes en este ámbito que los Fiscales Europeos deben seguir.

En primer lugar, se ha valorado el principio de legalidad de los acuerdos penales: el Colegio ha precisado, en efecto, que el art. 40 del Reg. n° 1939 permite celebrar acuerdos sólo dentro de los límites de la legislación nacional aplicable⁸⁵. Se trata de una indicación muy apreciable, ya que sirve de barrera frente a los procedimientos negociados informales, que se encuentra en varios países europeos, como por ejemplo Austria, Portugal, Eslovenia⁸⁶ o también en España (conformidades encubiertas)⁸⁷. Al hacerlo, el Colegio de la Fiscalía Europea transmitió el mensaje de que, en el sistema de la UE, la ventaja económica derivada de los mecanismos consensuales informales no puede considerarse prevalente respecto al *vulnus* que ellos mismos determinan en relación con el principio de legalidad procesal y la seguridad jurídica.

El segundo canon valorizado por las *Guidelines* de la Fiscalía es el de proporcionalidad: procedimientos simplificados aplicados sólo cuando son la opción más razonable y adecuada con respecto al caso concreto indivi-

⁸⁴ Decision of the College of the European Public Prosecutor’s Office of 2 December 2020, Laying down Guidelines on simplified procedures and on the delegation of powers of the Permanent Chambers respectively, College Decision 023/2020.

⁸⁵ College Decision 023/2020, Annex I, Guidelines of the College of the EPPA on criteria for the application of simplified prosecution procedures, I.1.

⁸⁶ En cuanto a la difusión de los mecanismos negociados informales en los procedimientos penales de estos países europeos, se permita la remisión a Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., pp. 137-143.

⁸⁷ Sobre el tema, Bachmaier Winter, L., “The Principle of Legality, Discretionary Justice and Plea Agreements: The Practice in Spain”, en Caianiello, M. y Hodgson, J. S. (coord.), *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, Carolina Academic Press, Durham, 2015, pp. 89-113, esp. pp. 103 y sigs.

dual⁸⁸. Acerca de este punto, se ha precisado de manera muy significativa que la gravedad del delito no es un impedimento *ab initio* para aplicar procedimientos simplificados de enjuiciamiento, siempre que la legislación nacional aplicable no prohíba expresamente los procedimientos simplificados para ese delito. Lo que significa que los Fiscales Europeos pueden, en abstracto, optar también por instrumentos consensuales que en el derecho nacional son también aplicables a la delincuencia más grave.

Por último, el Colegio ha establecido una serie de criterios adicionales para limitar aún más la discrecionalidad de las Salas Permanentes y de los FED en la activación de un procedimiento simplificado de acción penal⁸⁹. Entre ellos destaca el hecho de que la aplicación de procedimientos judiciales simplificados siempre deberá demostrar ser compatible con la protección efectiva de los intereses financieros de la Unión Europea y los principios de proporcionalidad, imparcialidad y equidad hacia el(los) acusado(s)⁹⁰. La mencionada anteriormente constituye una precisión fundamental, ya que las garantías aplicables en los procedimientos simplificados, en principio, son las del derecho nacional aplicable⁹¹. Como se ha tenido ocasión de señalar en otro contexto, es indudable que el defecto fundamental de la normativa de la Fiscalía Europea reside precisamente en el hecho de que ha previsto la posibilidad de aplicar procedimientos especiales, sin establecer garantías mínimas comunes⁹². Pues bien, este defecto puede ser parcialmente subsanado por la referencia a la equidad contenida en las directivas del Colegio: se consolida con el art. 41 del reglamento de la *EPPO* (que dice que deben respetarse siempre los derechos consagrados en la Carta de Niza y el CE-DH) y evita la celebración de pactos contrarios a las normas fundamentales establecidas por la CDFUE y, en consecuencia, por el CEDH.

A pesar de esta luz, también en este caso muchas dudas.

El problema principal es comprender el papel encomendado a los jueces nacionales dentro de los “procedimientos penales simplificados”. Ya en una primera lectura de la disposición se dará cuenta de cómo el art. 40 no menciona el hecho de que el pacto estipulado entre el Fiscal Europeo y el sospechoso tiene que ser ratificado por un órgano tercero.

⁸⁸ College Decision 023/2020, Annex I, 1.2.

⁸⁹ College Decision 023/2020, Annex I, 1.3, dedicada al canon de “oportunidad”.

⁹⁰ College Decision 023/2020, Annex I, 1.3, ii).

⁹¹ Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., p. 592.

⁹² Véase también Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., p. 592. En el mismo sentido, véase Pressacco, L., “Indagini e promovimento dell’azione penale del pubblico ministero europeo”, cit., p. 1392.

Si esto es cierto, sin embargo, debe señalarse que la falta de una referencia expresa a la figura del juez no parece crear problemas, al menos en aquellos Estados miembros cuya legislación interna establece que un juez debe participar en el acuerdo. De hecho, al disponer que los “procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal” deben aplicarse “las condiciones establecidas por el Derecho nacional”, el art. 40 dicta una referencia a todas las normas procesales que rigen los mecanismos internos contratados y, por tanto, necesariamente también a aquellas normas que atribuyen un rol formal a un decisor dentro de dichas instituciones. Además, esta tesis parece encontrar una mayor confirmación en el ya mencionado art. 42 párr. 1 del Reglamento n° 1939, que regula —en general— la materia de “controles judiciales” a la que están sujetas determinadas disposiciones de la Fiscalía Europea. Pues bien, dado que el acuerdo entre el Fiscal Delegado Europeo y el sospechoso es ontológicamente un acto susceptible de producir efectos en el ámbito jurídico del sujeto a proceso penal, debe ser objeto de un control por parte de un juez interno, de conformidad con lo establecido por la legislación nacional.

Por otra parte, dadas las múltiples referencias al derecho interno que hacen los artículos 40 y 42, cabría pensar que, cuando el procedimiento penal nacional no prevé la intervención del juez en el rito simplificado, la Fiscalía Europea no está necesariamente obligada a solicitar la ratificación a un tercer órgano⁹³. Además, uno no puede dejar de señalar que el considerando núm. 82, al ejemplificar los dispositivos que puede utilizar el Fiscal Europeo, también se refiere expresamente a los procedimientos simplificados que no prevén “la participación de un órgano jurisdiccional”. Además, es evidente que, si esta fuera la correcta aplicación de tales disposiciones, la Fiscalía Europea podría hacer uso de instituciones con un alto riesgo de incompatibilidad convencional, dado que el Tribunal Europeo ha dejado claramente establecido que una de las condiciones esenciales para un procedimiento de negociación para ser conforme al CEDH es que contemple una forma de control judicial suficiente sobre el acuerdo⁹⁴. Por lo tanto, para cumplir con

⁹³ Se puede identificar un ejemplo de mecanismo de este tipo en la *composition pénale* francesa con arreglo al art. 41-2 del code proc. pén., según lo modificado por la ley n° 2019-222 del 23 de marzo de 2019. En efecto, esta nota introductoria ha previsto que el parquet no esté obligado a solicitar la “validación” del acuerdo a un juez, en el caso de que la misma se refiera a una sanción pecuniaria inferior a una determinada suma.

⁹⁴ Véase CEDH, 29.4.2014, *Natsvlshvili y Togonidze c. Georgia*, § 92, donde el Tribunal de Justicia de Estrasburgo declaró que, para que un mecanismo negociado sea acorde con el art. 6 CEDH, la estipulación del *pactum* debe ir acompañada de una doble serie de salvaguardias: a) el acuerdo debe ser aceptado por el acusado con pleno conocimiento de los hechos del caso y de las con-

las disposiciones combinadas de los artículos 47, 48, 52 párr. 3 Carta de Niza y 6 CEDH (así como lo dicta el artículo 19, apartado 1, del TUE), el legislador de la eurounidad debería haber establecido directamente a nivel reglamentario que todos los acuerdos celebrados por la Fiscalía Europea deben estar siempre sujetos a ratificación previa por un juez, independientemente del derecho interno de cada Estado miembro.

En cualquier caso, parece viable una solución exegética a este problema: la vía más correcta parece la de considerar, sobre la base de una lectura coordinada entre artt. 40 y 41 del Reg. 2017/1939 (concebidos como superiores a las disposiciones del considerando 82), que los mecanismos que no incluían un control de un juez sobre el acuerdo no pueden ser aplicados por la Fiscalía Europea, ya que sería contrario a las garantías que pueden obtenerse de la Carta de Niza y del CEDH. Vale la pena señalar que la propuesta que acabamos de presentar constituye una solución plenamente conforme a las directrices anteriormente mencionadas del Colegio sobre procedimientos simplificados. En efecto, la necesidad de luchar eficazmente contra la delincuencia contra las eurofinanzas no puede ir tan lejos como para ser perseguida incluso a costa de sacrificar los derechos esenciales de los acusados.

Otro tema crítico se refiere a la identificación del alcance objetivo y temporal de las disposiciones combinadas de los artículos 35 y 40 del reglamento.

Desde el primo punto de vista, suscita múltiples dudas la dicción literal del último período del art. 40, que, como se ha dicho, establece que «la Sala Permanente ordenará al Fiscal Europeo Delegado que adopte las actuaciones oportunas para poner fin al caso», solo cuando haya «concluido el procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal una vez cumplidas las condiciones convenidas con el sospechoso».

secuencias legales derivadas de la celebración del concordato, y de manera genuinamente voluntaria («*in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner*»); y b) así como el contenido del acuerdo y la *fairness* de la forma con la que lo alcanzan las partes «*had to be subjected to sufficient judicial review*». Con sobre dicha sentencia, véase Bachmaier, L., “The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, pp. 236-259; Beenaert, M.-A., “Transactions, accords de plaider coupables et autres procédures judiciaires simplifiées – Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de justice pénale consensuelle ou négociée, en marge de l’arrêt Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie du 29 avril 2014”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2015, pp. 207-218; Marcolini, S., “A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?”, en *Cassazione penale*, 2014, pp. 3488-3497. Más recientemente, véase la sentencia CEDH, 16.2.2021, *V.C.L. y A.N. v. UK*, § 201.

Desde el segundo punto de vista, las disposiciones europeas esbozan un procedimiento que parece aplicable únicamente al momento del ejercicio de la acción penal (arg. *ex art.* 35 Reg. *EPPO*)⁹⁵. Lo cual, por otra parte, es totalmente coherente con lo establecido en el art. 5 Reg. *EPPO*, donde se afirma que la fuente de la UE examinada regula únicamente «las investigaciones y acciones penales en nombre de la Fiscalía Europea», mientras, a cambio, la fase procesal sigue estando regulada por la legislación nacional (excepto en algunos casos limitados).

Se sigue que el art. 40 parece, en definitiva, encajar fisiológicamente solo en el género de transacciones o archivos condicionados, extendido en muchos países europeos⁹⁶, es decir, esos mecanismos, consensuales o negociados, que normalmente se aplican en la fase de ejercicio de la acción penal, en la que un demandado obtiene la conclusión definitiva del procedimiento únicamente tras haber realizado concretamente una prestación pactada con el representante de la autoridad.

Es, en cambio, muy difícil comprender si el art. 40 del reglamento es aplicable incluso a formas de diferentes instituciones negociadas, como el acuerdo de culpabilidad italiano (artt. 444 y ss. del Código de Procedimiento Penal italiano) o la *Verständigung* (pár 257c *Strafprozessordnung*)⁹⁷. No escapará, de hecho, cómo las herramientas que acabamos de mencionar crean múltiples fricciones con la forma en que el art. 40 del reglamento de la Fiscalía Europea ha disciplinado los “procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal”. En efecto, si bien es cierto que todas las formas de negociación de culpabilidad que acabamos de mencionar requieren un acuerdo entre el Fiscal y el sospechoso es igualmente indudable que parecen ser incompatibles con lo dispuesto en la última frase del art. 40, dado que requieren que la sentencia sea dictada primero por un juez y sólo posteriormente permiten la imposición de una sanción y, por tanto, la ejecución de lo establecido en el acuerdo. En otras palabras, la parte del art. 40 donde se establece que la Sala Permanente atribuye al FED la facultad de disponer la disposición final del caso sólo cuando el imputado haya cumplido los términos del acuerdo, no se relaciona fácilmente con aquellos procedimientos que exigen el dictar sentencia contra el sospechoso, porque el acuerdo sobre la pena pueda producir sus efectos.

⁹⁵ Brodowski, D., “Commento all’art. 40 del Regolamento 2017/1939”, cit., p. 374.

⁹⁶ En la materia, véase Gialuz, M., “L’archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell’azione penale”, en *Processo penale e giustizia*, 2021, pp. 309-317.

⁹⁷ Para un análisis detallado de los dos institutos, se remite a Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., respectivamente, pp. 168-225 e 279-303.

Pues bien, a la luz de este problema, surge espontáneamente una pregunta: ¿la Fiscalía Europea solo puede aplicar formas de archivos condicionados o transacciones, o incluso diferentes procedimientos de negociación, que operan durante el proceso y no se basan en una disposición de archivo, sino en una sentencia de un juez?

Una primera respuesta —restrictiva— a esta cuestión podría basarse en el segundo período del considerando nº 82 del Reglamento, en el que se establece que, en caso de que existan procesos simplificados de acción penal en el Derecho interno, la Fiscalía Europea podrá utilizarlos, pero únicamente «en las situaciones previstas en el presente Reglamento». Ahora bien, precisamente porque los mecanismos diferentes de las transacciones o de archivos condicionados dan lugar a una “situación ajena” a la regulada por la fuente de la UE, la posibilidad de que la Fiscalía Europea la utilice podría negarse en absoluto. En otras palabras, una primera solución posible es considerar que el conjunto dispuesto entre los artículos 35 y 40 del Reglamento regulan estrictamente todos los supuestos en los que la Fiscalía Europea tiene derecho a concertar acuerdos penales. Si así fuera, podría utilizar, por ejemplo, un archivo condicionado *ex* pár 153a *Strafprozessordnung* alemana o una *composition pénale* francesa⁹⁸, pero no concluir una verdadera *Verständigung* *ex* pár 257c *Strafprozessordnung*, o un acuerdo *ex* art. 444 y ss. c.p.p. Por otra parte, es cierto que esta exégesis presenta una contraindicación significativa: conduce a restringir considerablemente el número de procedimientos simplificados aplicables por la Fiscalía Europea, privando así a la Fiscalía Europea de instrumentos muy importantes para hacer frente y reducir rápidamente la carga de trabajo.

Aun así, también en este caso el texto del acto europeo es lo suficientemente amplio como para permitir apoyar una solución extensiva, totalmente antitética a la descrita anteriormente, según el art. 5 del Reglamento. Dado que la fuente de la UE remite al derecho nacional para aspectos no regulados expresamente por el legislador europeo, tal vez sería posible argumentar que la Fiscalía Europea está llamada a seguir el procedimiento establecido en el art. 40 únicamente para el *genus* de presentaciones/transacciones condicionadas; mientras que, para los mecanismos de negociación que puedan activarse en una etapa posterior a la de la acusación o que presenten otros elementos estructurales de incompatibilidad con el art. 40, este último tendría derecho a utilizar únicamente el derecho interno (y esto

⁹⁸ Para un análisis reciente de estos institutos, véase Bartoli, L., *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Wolters-Kluwer – CEDAM, Milán, 2020, pp. 11-22 e 34-37.

dado que instituciones como la negociación de cargos en sentido estricto dan lugar a casos que no están efectivamente regulados por el derecho de la UE)⁹⁹. Y, efectivamente, hay que señalar que la práctica parece estar orientada precisamente en este sentido: en efecto, de múltiples comunicados de prensa oficiales se desprende que los Fiscales Europeos de varias naciones están utilizando efectivamente (de forma masiva) instituciones consensuales no incluidas en las categorías de archivos condicionados¹⁰⁰ y aplicables en fases posteriores al ejercicio de la acción penal.

Si esto es cierto, hay que señalar que, en nuestra opinión, la mejor manera de abordar el tema parece, por así decirlo, ser “intermedio”: concretamente, permitir que la Fiscalía Europea utilice también formas de acuerdos penales distintos de las transacciones y de los archivos condicionados, pero, al mismo tiempo, imponer siempre el cumplimiento del procedimiento del art. 40 (con solicitud de autorización de la Sala Permanente) y las directivas que establezca el Colegio, incluso en el caso de que la Fiscalía Europea aplique procedimientos negociados distintos de las transacciones y presentaciones condicionadas. De esta forma, se protege mejor la uniformidad del trabajo de las distintas Fiscalías Europeas y se salvaguardan mejor los cánones de proporcionalidad, igualdad y los derechos fundamentales de los acusados.

Sea como sea, teniendo en cuenta las dudas exegéticas que surgen del art. 40 del Reglamento nos parece que también desde esta perspectiva la actuación del legislador español haya sido particularmente apreciable. Como es sabido, de hecho, dentro de la Ley Orgánica 9/2021, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, se ha incluido una hipótesis especial de conformidad. Se hace referencia al art. 110 de la Ley, que establece el procedimiento y las garantías que los Fiscales Europeos Delegados deben respetar en el momento en que se proponen llegar a un acuerdo con los acusados. De este modo, se ha despejado toda duda sobre la posibilidad de que los FED puedan utilizar un mecanismo, como el que nos ocupa, particularmente importante para luchar eficazmente contra la delincuencia¹⁰¹.

⁹⁹ A esta conclusión llega Brodowski, D., “Commento all’art. 40 del Regolamento 2017/1939”, cit., p. 374.

¹⁰⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos: *First verdict in EPPO case in Croatia for subsidy fraud*, en <https://www.epo.europa.eu>, 11.7.2022; *Attempted fraud relating to wine subsidies: €400 000 worth of damages to EU budget prevented*, en <https://www.epo.europa.eu>, 30.6.2022; *First conviction in EPPO investigation in Latvia: procurement fraud of €100 000*, en <https://www.epo.europa.eu>, 20.6.2022; *First conviction in EPPO case: former Slovak mayor sentenced to 3 years of conditional imprisonment*, en <https://www.epo.europa.eu>, 23.11.2021.

¹⁰¹ Sin embargo, parece útil recordar cómo en sus análisis González Cano, M. I., “La Fiscalía europea. Especial Consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, cit., p.

VII. CONCLUSIONES

Lo que se ha expuesto en este trabajo demuestra realmente que el tema clave de la acción penal europea sigue sufriendo de múltiples puntos de incertidumbre. Las cuestiones más delicadas abarcan, como se ha visto, desde el estándar de prueba para el ejercicio de la acción penal, hasta la identificación de los motivos de archivo y los procedimientos simplificados de acción penal efectivamente aplicables por la Fiscalía Europea. Lo que es peor es que en algunos casos estas criticalidades se prestan a ser resueltas en direcciones incluso antitéticas entre ellas. Por lo tanto, existe inevitablemente «el riesgo de un enfoque casuístico, que aborde cada problema de forma fragmentada y considerando cada vez la especificidad del derecho nacional individual que se pone de relieve»¹⁰².

Para paliar este peligro, es necesario, por lo tanto, un esfuerzo clarificador particularmente intenso, que no puede sino implicar a todos los operadores del derecho y, *in primis*, precisamente a la oficina central de la Fiscalía Europea. Por cierto, como se ha mencionado, es el mismo art. 9 párr 2 del Reglamento que encomienda al Colegio de la Fiscalía Europea la tarea de adoptar *guidelines* sobre cuestiones estratégicas, con el fin de garantizar la coherencia, la eficiencia y la uniformidad de la política en materia de ejercicio de la acción penal de la Fiscalía Europea. Por lo tanto, la esperanza es que, al igual que en el caso de los procedimientos simplificados de acción penal, el Colegio apruebe lo antes posible unas directrices destinadas a deshacer, en la medida de lo posible, los principales nudos exegéticos en materia de inicio del proceso y de archivo.

Al mismo tiempo, el papel del Tribunal de Justicia es absolutamente esencial, al que corresponderá mantener la dirección y evitar la paradoja de un organismo de la UE, como la Fiscalía Europea, que lesione los derechos fundamentales de la Carta de Niza, y evitar tensiones con el derecho constitucional nacional. Y desde esta perspectiva —como se ha observado justamente— «parece aconsejable un uso “sistemático” de la remisión prejudicial, especialmente en estos primeros años de vida del órgano»¹⁰³.

572 y sigs; Zárte Conde, A. y de Prada Rodríguez, M., “Transactions and Simplified Procedures in the Framework of the European Public Prosecutor’s Office. A National Perspective”, cit., pp. 173 y sigs. ya habían llegado a la conclusión exegética de que la Fiscalía Europea pudiera aplicar el mecanismo de conformidad.

¹⁰² Lo señala, correctamente, Panzavolta, M., “Responsabilità e concetti: il regime normativo e la scelta della giurisdizione nelle indagini dell’EPPO in cerca di orientamento”, cit., p. 130.

¹⁰³ Son siempre palabras de Panzavolta, M., “Responsabilità e concetti: il regime normativo e la scelta della giurisdizione nelle indagini dell’EPPO in cerca di orientamento”, cit., p. 131.

Por el contrario, la solución de otros problemas del régimen regulador corresponde directamente a los legisladores nacionales: estos últimos, especialmente en virtud de las continuas referencias al Derecho interno previstas en el Reglamento, están llamados a coordinar lo mejor posible las normas internas con las superiores. Sin embargo, hay que señalar que también a este respecto el cuadro se presenta muy complicado: frente a legisladores virtuosos como el español, que se han dado cuenta de la importancia de establecer un marco normativo articulado también con respecto a la materia de la acción y de la inacción de los Fiscales Europeos, hay otros, como el italiano, que han tenido un criticable enfoque minimalista sobre este punto. Esto, inevitablemente, no hace más que agravar las desigualdades que sufren las personas acusadas de un delito por la Fiscalía Europea en las distintas áreas del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Teniendo en cuenta lo anterior, está claro que es esencial que las propias instituciones políticas de la UE, a pesar del éxito político indudablemente importante obtenido con la difícil creación de la Fiscalía Europea, sigan de cerca el funcionamiento práctico de la nueva estructura. Deben mostrarse dispuestas a intervenir también en el plano normativo, modificando, en su caso, el texto del Reglamento, con el fin de resolver los principales problemas operativos surgidos en la práctica. Por otra parte, si bien es cierto que la adopción de un acto compartido ha sido una operación extremadamente difícil y ambiciosa, ahora que la Fiscalía Europea se ha convertido en una realidad, es necesario demostrar más valor y permitir a la Fiscalía Europea trabajar mejor. En definitiva, la esperanza puede ser que el Reglamento 2017/1939 represente sólo un primer paso de un camino más amplio: tras la creación de la Fiscalía, el objetivo para los próximos años sólo puede ser hacer que funcione de manera eficiente, pero también en pleno cumplimiento de los principios del proceso justo.

BIBLIOGRAFÍA

Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2021.

Allegrezza, S. y Mosna, A., "Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition?", en Bachmaier Winter, L. (coord.), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Springer, Cham, 2018, pp. 141-164.

Bachmaier, L., "The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, pp. 236-259.

- Bachmaier Winter, L., “The Principle of Legality, Discretionary Justice and Plea Agreements: The Practice in Spain”, en Caianiello, M. y Hodgson, J. S. (coord.), *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, Carolina Academic Press, Durham, 2015, pp. 89-113.
- Bacigalupo, E., *Hacia un espacio judicial europeo corpus juris de disposiciones penales*, Colex, Madrid, 1998.
- Bacigalupo, E. y Castaño, M. L. S. (coord.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Barrocu, G., *La Procura europea. Dalla Legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Wolter Kluwer – Cedam, Milán, 2021.
- Bartoli, L., *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Wolters-Kluwer – CEDAM, Milán, 2020.
- Beenaert, M.-A., “Transactions, accords de plaider coupables et autres procédures judiciaires simplifiées – Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de justice pénale consensuelle ou négociée, en marge de l’arrêt Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie du 29 avril 2014”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2015, pp. 207-218.
- Belfiore, R., “L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPD tra legalità e margini di discrezionalità”, en *Cassazione penale*, 2022, pp. 3677-3690.
- Brodowski, D., “Comentario all’art. 39 del Regolamento 2017/1939”, in *European Public Prosecutor’s Office. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 356-371.
- Brodowski, D., “Comentario all’art. 40 del Regolamento 2017/1939”, in *European Public Prosecutor’s Office. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 371-381.
- Brodowski, D., “Comentario all’art. 41 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 382-400.
- Burchard, C., “Comentario all’art. 9 del Regolamento 2017/1939”, en *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 64-74.
- Caianiello, M., “voce Archiviazione”, en *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Tomo 1, Giuffrè, Milán, 2008, pp. 59-80.
- Caianiello, M., “Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale scientifica, Napoles, 2022, pp. 189-211.
- Caianiello, M., “Sull’istituzione del Pubblico Ministero Europeo”, en *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 1444-1461.

- Caianiello, M., “The decision to drop the case in the new EPPO’s regulation: *Res Iudicata* or transfer of competence?”, en *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 2, pp. 186-199.
- Camaldo, L. (coord.), *L’istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Giappichelli, Turín, 2014.
- Canestrini, N., “Le garanzie per i diritti della difesa nei procedimenti di competenza del pubblico ministero europeo”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale scientifica, Napoles, 2022, pp. 155-160.
- Caprioli, F., *L’archiviazione*, Jovene, Napoles, 1994.
- Chevalliers-Govers, C. y Weyembergh, A. (coord.), *La création du Parquet européen*, Bruylant, Brussels, 2021.
- Chiavario, M., *L’azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padua, 1995.
- Csúri, A., “The Proposed European Public Prosecutor’s Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, pp. 122-151.
- De Amicis, G., “Competenza e funzionamento della procura europea nella cognizione del giudice”, en *La legislazione penale web*, 2022, pp. 1-37.
- Della Torre, J., *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milán, 2019.
- Delmas-Marty, M., “*Corpus Juris*” portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne, Economica, París, 1997.
- Delmas-Marty, M. y Vervaele, J. (coord.), *The Implementation of the Corpus juris in the Member States*, vol. I, Intersentia, Antwerpen-Gronigen-Oxford, 2000.
- Di Paolo, G., “Note a margine della recente proposta di istituzione di una Procura europea contenuta nelle *Model Rules for the Procedure of the European Public Prosecutor’s Office*”, en F. Ruggieri e otr. (coord.), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, CEDAM, Padua, 2013, pp. 129-150.
- Gialuz, M., “L’archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell’azione penale”, en *Processo penale e giustizia*, 2021, pp. 309-317.
- Giostra, G., *L’archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Turín, 1994.
- Giuffrida, F., “The European Public Prosecutor’s Office: King without kingdom?”, en *CEPS Research Report*, 2017, pp. 1-40.
- González Cano, M. I., “La Fiscalía europea. Especial Consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, en Arangüena Fanego, Coral, y otros (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 551-574.
- Grasso, G., Giuffrida, F. y Sicurella, R., “EPPO material competence: Analysis of the PIF Directive and Regulation”, en Ligeti, Katalin, Antunes, Maria João y Giuffrida, Fabio

- (coord.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch*, Wolter-Kluwer – CEDAM, Milán, 2020, pp. 23-55.
- Grasso, G., Illuminati, G., Sicurella, R. y Allegrezza, S. (coord.), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milán, 2013.
- Guerra, J. E., "The Material Competence of the EPPD and the Concept of Inextricably Linked Offences", en *Eucrim*, 2021, 1, pp. 49-50.
- Herrnfeld, H.-H., "Commento agli artt. 25, 26 e 27 del Regolamento 2017/1939", en *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 195-246.
- Herrnfeld, H.-H., "Commento all'art. 34 del Regolamento 2017/1939", en *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 309-321.
- Herrnfeld, H.-H., "Commento all'art. 36 del Regolamento 2017/1939", en *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 329-345.
- Herrnfeld, H.-H., "Commento all'art. 42 del Regolamento 2017/1939", en *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 400-440.
- Illuminati, G., "Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPD", en Bachmaier Winter, L. (coord.), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Springer, Cham, 2018, pp. 179-199.
- Kostoris, R. E., "Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle Procure", en *Cassazione penale*, 2020, pp. 2178-2184
- Ligeti, K., "The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be Determined", en *European Criminal Law Review*, 2011, pp. 123-148.
- Ligeti, K., "The Structure of the EPPD: Features and Challenges", en *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 27 (1), 2020, pp. 33-50
- Ligeti, K. y Simonato, M., "The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?", en *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 1-2, pp. 7-21.
- Ligeti, K., "The Place of the Prosecutors in Common Law and Civil Law Jurisdictions", in Brown, D. K., Turner, J.I., Weisser, B. (coord.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 139-163.
- Lombardi, F., "La procura europea: A) Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021", en *Processo penale e giustizia*, 2021, pp. 927-950.
- Lupária, L., "Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo", en *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1751-1758.

- Lupária, L., “Profili dell’azione penale ‘europea’”, en Picotti, L. (coord.), *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 231-247.
- Malan, J. y Bosch Chen, I., *Impact of Organised Crime on the EU’s Financial Interests*, European Parliament: Policy Department for Budgetary Affairs, Brussels, 2021.
- Marcolini, S., “A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?” en *Cassazione penale*, 2014, pp. 3488-3497.
- Militello, V., “La competenza materia della Procura europea. Un diritto penale europeo a geometria variabile?”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoles, 2022, pp. 7-24.
- Mitsilegas, V., “European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor’s Office and the rule of law”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, pp. 245-264.
- Mitsilegas, V. y Giuffrida, F., “Judicial Review of EPPO Acts and Decisions”, en Ligeti, K., Antunes, M. J. y Giuffrida, F. (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch*, Wolter-Kluwer – CEDAM, Milán, 2020, pp. 115-136.
- Moreno Catena, V., *Fiscalía europea y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- Nowak, C. (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office and National Authorities*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milán, 2016.
- Panzavolta, M., “Responsabilità e concetti: il regime normativo e la scelta della giurisdizione nelle indagini dell’EPPO in cerca di orientamento”, en Di Paolo, G., Pressacco, L., Belfiore, R. y Rafaraci, T. (coord.), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoles, 2022, pp. 93-132.
- Pressacco, L., “Indagini e promovimento dell’azione penale del pubblico ministero europeo”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, pp. 1353-1395.
- Pelissero, M., “I reati lesivi degli interessi finanziari dell’Unione europea di competenza del pubblico ministero europeo”, en *Diritto e pratica tributaria*, 2019, pp. 1118-1128.
- Rafaraci, T., *Brief Notes on the European Public Prosecutor’s Office: Ideas, Project and Fulfilment*, en Rafaraci, T. y Belfiore, R. (coord.), *EU Criminal Justice*, Springer, Cham, 2019, pp. 157-163.
- Rafaraci, T., “Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l’innesto delle indagini nel procedimento nazionale”, en *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, Milán, 2015, pp. 321-328.
- Ruggeri, S., “Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea”, en *Processo penale e giustizia*, 2018, pp. 602-616.
- Salazar, L., “Habemus Eppo! La lunga marcia della Procura europea”, en *Archivio penale web*, 2017, 3, pp. 1-61.

- Salazar, L., “L’adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell’avvio delle prime indagini”, in *Sistema penale*, 6.4.2021.
- Spencer, J. R., “Who’s Afraid of the Big, Bad European Public Prosecutor?”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011, pp. 363-380.
- Traversa, E., “I tre principali aspetti istituzionali dell’attività della Procura europea (EP-PO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza”, in *Archivio penale web*, 2019, 3, pp. 1-72.
- van Zijl, R., “Case dismissal: legality principle v. prosecutorial discretion”, en <https://ecba.org>, pp. 1-5.
- Vervaele, J., “From Eurojust to the European Prosecution Service”, en Espina Ramos, J.A. y Vicente Carbajosa, I. (coord.), *The Future European Public Prosecutor’s Office*, Imprenta Nacional Del Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2009, pp. 125-162.
- Wade, M., “The European Public Prosecutor: Controversy Expressed in Structural Form”, en Rafaraci, T. y Belfiore, R., *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Springer, Cham, 2019, pp. 165-180.
- Wahl, T., “The European Public Prosecutor’s Office and the Fragmentation of Defence Rights”, en Ligeti, K., Antunes, M. J. y Giuffrida, Fabio (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office at Launch*, Wolter-Kluwer – CEDAM, Milán, 2020, pp. 85-113.
- Zárate Conde, A. y de Prada Rodríguez, M., “Transactions and Simplified Procedures in the Framework of the European Public Prosecutor’s Office. A National Perspective”, en Bachmaier Winter, L. (coord.), *The European Public Prosecutor’s Office. The Challenges Ahead*, Springer, Cham, 2018, pp. 165-177.

LOS INTERESES DE JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: PERCEPCIÓN DE OPERADORES Y VÍCTIMAS DEL TRATAMIENTO PROCESAL *

Justice interest of victims of sexual violence: professionals and victims perceptions regarding criminal justice procedure

HELENA SOLETO MUÑOZ

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid
hsoleto@der-pu.uc3m.es
ORCID 0000-0001-8283-7354

JESSICA JULLIEN DE ASIS

Profesora de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid
jjullien@der-pu.uc3m.es
ORCID 0000-0001-6662-3217

SUMARIO: I. LA PERSPECTIVA DE LA VÍCTIMA Y EL FIN DEL SISTEMA PENAL MONOCÉNTRICO. 1. El sistema de justicia centrado en el castigo. 2. Los estándares de la protección europea e internacional a las víctimas de delitos sexuales. II. LOS INTERESES DE JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS. III. LA PERCEPCIÓN DE LOS OPERADORES Y LAS VÍCTIMAS. 1. Metodología. 2. Principales hallazgos. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA. ANEXOS.

Resumen: Los sistemas de Justicia penales europeos están transitando de un modelo centrado en la condena y el sujeto pasivo del proceso a otro que incorpora

* Agradecimiento a los investigadores del proyecto Re-treat, especialmente a las profesoras Sabela Oubiña, Áurea Grané, Cristina Ruíz, Monique Anderson, y a los investigadores que realizaron entrevistas, Nieves Pérez-Mata, Candela Galán, Margarita Diges, Rosa Gómez de Liaño, Iván Navarro, Federico González, y a todas las personas, entidades e instituciones entrevistadas o que hay facilitado información, datos y documentación, su tiempo y dedicación. A las víctimas entrevistadas y a todas las víctimas, denunciantes o que aún no han contado su historia. Publicación resultado del proyecto Re-treat, Financed by the European Union Justice Program (2014-2020), Grant Agreement: 878566 —RE-TREAT— JUST-AG-2019/JUST-JACC-AG-2019, Helena Soletto IP.

los derechos de la víctima. En el trabajo se aborda el cambio de paradigma en el sistema de justicia que supone la incorporación de la perspectiva de víctima, y específicamente el sistema teórico de derechos procesales de las víctimas de violencia sexual. Se ofrecen los principales hallazgos de una investigación de campo centrada en evaluar la satisfacción de los intereses de justicia de las víctimas de violencia sexual a través de la percepción de distintos operadores como son, policía, jueces, fiscales, médicos forenses, abogados y servicios de atención a víctimas, además de las propias víctimas. Finalmente, se proponen medidas para mejorar el tratamiento procesal y procedimental de las víctimas de violencia sexual.

Abstract: European criminal justice systems are moving from a model centered on the conviction and the passive subject of the process to one that incorporates the rights of the victim. The paper addresses the paradigm shift in the justice system that the incorporation of the victim perspective entails, and specifically the theoretical system of procedural rights of victims of sexual violence. It offers the main findings of a field research focused on evaluating the satisfaction of the justice interests of victims of sexual violence through the perception of different professionals such as police, judges, prosecutors, forensics, lawyers and victim services, as well as the victims themselves. Finally, measures are proposed to improve the procedural and procedural treatment of victims of sexual violence.

Palabras clave: Víctima, Intereses, Justicia, violencia sexual, reparación

Keywords: Victim, Interests, Justice, sexual violence, reparation

I. LA PERSPECTIVA DE LA VÍCTIMA Y EL FIN DEL SISTEMA PENAL MONOCÉNTRICO

1. EL SISTEMA DE JUSTICIA CENTRADO EN EL CASTIGO

Los sistemas de justicia penal de países democráticos como el español se han apoyado en el último siglo en teorías penales centradas en la infracción de ley realizada por el infractor y en estructuras procesales de garantías al sujeto pasivo del proceso¹, prestando menor o ninguna atención a las cuestiones que atañen a las víctimas² más allá de su eventual situación procesal y reparación recogida en sentencia³.

La visión generalizada del sistema penal, desde su aprendizaje en las aulas hasta el grueso de la labor práctica, e incluso en el imaginario social

¹ Ferreiro Baamonde, Xulio Xosé, *La víctima en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 2005, p.3.

² Tamarit Sumalla, Josep M^a., “¿Hasta que punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?”, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, de Tamarit Sumalla, Josep M^a Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp.27-46.

³ Gómez Colomer, Juan Luis, *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima, 2º*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi S.A., 2015, p.220.

que devuelven los medios de comunicación y la cinematografía está centrada en la acusación y punición del sujeto pasivo, y principalmente en la fase declarativa, siendo las fases de instrucción y ejecución de menor relevancia.

En las pretensiones de justicia para el siglo XXI de los países más avanzados se encuentra la consecución de una Justicia de mayor calidad, más eficaz, que promueva la cohesión social a partir del respeto a las instituciones. Uno de los mayores cambios respecto al sistema del siglo anterior es un especial interés por la situación de la víctima, y que ésta tenga en el sistema de justicia el espacio y tratamiento que emocionalmente precisaría al menos para no empeorar su situación, y para producir su reparación en lo posible.

Toma relevancia por tanto la definición de víctima, superando el “tradicional sujeto pasivo o el perjudicado del delito”⁴ y asumiendo un concepto más amplio. Se intenta así superar la “neutralización de la víctima”, consecuencia del funcionamiento del proceso penal que, en su monopolio del *ius puniendi*, despoja a la víctima de todo poder frente al hecho delictivo⁵. Se habla entonces de un redescubrimiento de la víctima, lo que permite una revisión de sus derechos e intereses⁶ y profundizar también en la percepción y el ideal de justicia⁷.

La reparación a las víctimas se ha considerado tradicionalmente realizada a través de la sentencia, con la condena del acusado y la indemnización a favor de la víctima. Sin embargo, en la práctica, las víctimas no reciben en su mayoría la indemnización recogida en la sentencia de condena penal⁸; se confirma que aproximadamente, un tercio de las víctimas no reciben nada, un tercio reciben alguna cantidad y otro tercio sí obtienen la cantidad recogida, si bien se suele referir a indemnizaciones de hasta 1600 euros. La

⁴ Véase Beristain Ipiña, Antonio. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 114 y De Hoyos Sancho, Monserrat, “El ejercicio de la acción penal en España. Un verdadero derecho de acusar para las víctimas”, en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Soletó Muñoz, Helena y Carrascosa, Ana, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 454.

⁵ Landrove Díaz, Gerardo, “Las víctimas ante el derecho español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, n.113, 1998, pp.169-207.

⁶ Hassemmer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p.184-85 y Antonio García-Pablo. *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*, España: Espasa, 1988, pp.111 y ss.

⁷ Tamarit Sumalla, Josep M^a, “El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la Directiva europea de 2012”, *Ars Iuris Salmenticensis*, 1 (junio de 2013), p. 142.

⁸ Soletó, Helena y Grané, Aurea. *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*. Madrid: Dykinson, 2018, pp.64 y ss.

situación es especialmente aberrante respecto de víctimas de delitos contra la libertad sexual, y también hemos observado que en los casos que existe conformidad no existe una mejor reparación para las víctimas que sin conformidad, cuestión también sorprendente, teniendo en cuenta que la mitad de las sentencias en España son de conformidad.

En cuanto a la representación de las víctimas en el proceso, se ha demostrado que se produce una mejor recuperación emocional de víctimas cuando participan en los procesos como parte⁹, sin embargo, aunque nuestro sistema penal permita que las víctimas ejerzan incluso la acción penal¹⁰, a diferencia de la mayoría de los sistemas penales del entorno, muchas de ellas no participan en la práctica como acusación particular¹¹.

La participación clásica procesal de la víctima como titular de derechos de reparación y como fuente de prueba ha sido superada en la normativa europea y nacional, sin embargo, como veremos, la práctica de los operadores dista aún de ser adecuada para producir los resultados deseados¹². Se hace referencia a profesionales “con sensibilidad” hacia la víctima, sin embargo, consideramos que la actitud de los profesionales a la víctima tiene que estar basada en una formación adecuada que introduzca la perspectiva de la víctima, y no depender de inclinaciones personales de los operadores.

Es absolutamente necesaria la modernización del sistema de justicia, que, preservando las garantías del sujeto pasivo, se desarrolle de forma más humana frente a la víctima y produzca un resultado más rápido y eficaz, que, sin perder las garantías en torno al sujeto investigado o acusado, no resulte absolutamente monocéntrico e incorpore la perspectiva de la víctima al menos como satélite al sol del acusado. Y esto atendiendo a los resultados del proceso, pero incorporando también las vivencias de las víctimas en el transcurrir del mismo proceso¹³.

⁹ Elbers, Nieke, et alii, “Procedural justice and quality of life in compensation processes” *Injury, International Journal of the Care of the Injured*, vol. 44, issue 11, nov. 2013, pp. 1431-1436.

¹⁰ Quintero Olivares, Gonzalo, “La víctima y el Derecho Penal”, en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, de Tamarit Sumalla, Josep M^a, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 16.

¹¹ Soletó, Helena y Grané, Aurea. *La eficacia...*, cit. Vid. Soletó, Helena. “La ineficacia del sistema de justicia español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual: un espacio para la justicia restaurativa”, *Teoría y Derecho*, n.26, 2019, pp. 320-341.

¹² Situación además aún más compleja en la actualidad en relación con el uso de medios tecnológicos, véase López Jiménez, Raquel, *Victimización sexual y nuevas tecnologías: desafíos probatorios*, Madrid: Dykinson, 2021, pp.63 y ss.

¹³ Subijana Zunzunegui, Ignacio José, “El paradigma de la humanidad en la Justicia Restaurativa”, *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n.24, 2012, pp. 143-153.

2. LOS ESTÁNDARES DE LA PROTECCIÓN EUROPEA E INTERNACIONAL A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Según distintas instituciones la prevalencia de la violencia sexual es muy alta en el mundo; se calcula que entre el 45% y el 55% de las mujeres en la Unión Europea han sufrido acoso sexual desde los 15 años¹⁴, que aproximadamente 15 millones de mujeres adolescentes (de entre 15 y 19 años) de todo el mundo han sufrido relaciones sexuales forzadas en algún momento de su vida¹⁵, y que 4 de cada 5 mujeres víctimas de trata son utilizadas para explotación sexual¹⁶.

La protección a las víctimas de violencia sexual es un objetivo que ha alcanzado las agendas internacionales y europeas entrado el siglo XXI. Las estrategias de Naciones Unidas, Unión Europea y Consejo de Europa incluyen así una necesaria perspectiva de género, de infancia, de pertenencia a minorías y de discapacidad para identificar la situación y problemática real.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) ha implementado en su agenda política y estratégica la protección y asistencia a víctimas de abusos y agresiones sexuales; en 2015 se publicó la denominada Agenda 2030 para un Desarrollo Sostenible en la que el objetivo 5 es conseguir la igualdad de género y el empoderamiento de niñas y mujeres¹⁷, en 2016 se nombró una Coordinadora Especial para Mejorar la Respuesta de las Naciones Unidas a la Explotación y los Abusos Sexuales, así como a la primera defensora de los Derechos de las víctimas. La ONU ha desarrollado numerosos trabajos y recomendaciones en este ámbito, y en concreto a la violencia contra las mujeres, incluyendo la violencia sexual, el Comité CEDAW adoptó la Recomendación n.35 sobre la violencia contra la mujer, declarando la responsabilidad del Estado en cumplimiento de la obligación “*de diligencia debida por los actos u omisiones de agentes no estatales*”, instando la adopción de medidas preventivas y represivas, y obligaciones de protección y reparación a las mujeres afectadas.

¹⁴ Fundamental Rights Agency, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE*, 2014. Accesible en: <https://fra.europa.eu/es/publication/2020/violencia-de-genero-contra-las-mujeres-una-encuesta-escala-de-la-ue>

¹⁵ UNICEF, *A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents*, 2017. Accesible en: <https://data.unicef.org/resources/a-familiar-face/>

¹⁶ UNODC. *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*, 2022. Accesible en: https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Publicaciones/Crimen/GLOTiP_2022_web.pdf

¹⁷ Ver <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

A nivel regional, el Consejo de Europa cuenta con una Estrategia para la Igualdad de Género 2018-2025¹⁸, y a nivel normativo es especialmente relevante el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul), que describe la violencia sexual como violencia de género y establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas de prevención, sensibilización, educación, formación de profesionales, crear o apoyar programas preventivos de intervención para la prevención de estos delitos (definiéndose entre otras en medidas legislativas -art. 18.1), deber de información o medidas de protección¹⁹.

En la UE, la protección de las víctimas y la lucha contra los delitos sexuales se ha implementado en su agenda estratégica, organizativa y legislativa en el denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²⁰. Además de los relevantes instrumentos armonizadores que afectan la materia²¹, entre los que destaca la llamada Directiva de víctimas de 2012 (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012), en 2020 se han comunicado tres estrategias para el quinquenio de absoluta relevancia: la estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas, la es-

¹⁸ Ver Gender Equality Strategy 2018-2023: <https://www.coe.int/en/web/genderequality/genderequality-strategy> Destaca su Proyecto piloto para realizar un inventario de la asistencia y los servicios disponibles para las víctimas de explotación y abusos sexuales en 13 países y su labor propositiva.

¹⁹ España no solo ha ratificado este tratado internacional, sino que además los delitos regulados en el Convenio de Estambul serán competencia de la jurisdicción española, aunque se produzcan fuera de nuestras fronteras si concurre alguna de las circunstancias del art. 24.3.I de la LOPJ. El informe del GREVIO sobre la aplicación del Convenio en España señala la problemática de la falta de inclusión de la violencia sexual en la protección realizada, que se basa en la asimilación de violencia de género a la violencia entre parejas o exparejas (IVP, *intimate partner violence*). COE. GREVIO. *Baseline Evaluation Report Spain*. 2020. Accesible en: <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>

²⁰ Siguiendo el Programa de Estocolmo del Consejo Europeo titulado “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” (rúbrica 2.3.4). UE. Programa de Estocolmo del Consejo Europeo, “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” (2010/C 115/01). 2010. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>

²¹ La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas), la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, 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 por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos, la Directiva 2011/09/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

trategia para la igualdad de género y la estrategia para la lucha eficaz contra el abuso sexual de menores.

La estrategia de la UE para las víctimas tiene como objetivo principal empoderar a las víctimas, y tiene cinco prioridades: la comunicación eficaz y el establecimiento de un entorno seguro para denunciar el delito, mejorar la protección y apoyo a las víctimas más vulnerables, facilitar el acceso a las indemnizaciones, reforzar la cooperación y coordinación entre los actores relevantes y reforzar la dimensión internacional de los derechos de las víctimas²². En esta estrategia, la victimización sexual es protagonista, y se hace referencia a la importante cifra negra en estos delitos, de probablemente un 200%. Converge esta estrategia con la de la igualdad de género y la de lucha de manera más efectiva contra el abuso sexual de menores.

En España, el interés por la protección a las mujeres de las violencias se cristalizó en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ciñéndose los esfuerzos en la lucha contra la violencia hacia la mujer pareja o ex pareja del agresor, y recientemente en 2022 en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante LOGILS), ampliándose el excesivamente limitado concepto español ya tradicional de violencia de género²³.

Merece ser señalado en este sentido que como no puede ser de otra manera estos estándares de protección a las víctimas de delitos sexuales y su evolución se ven afectados tanto por el concepto de víctima, como por la tardía conexión entre la victimología y las teorías feministas²⁴. Tiene aquí un importante impacto, tanto en el reconocimiento de las experiencias de las víctimas como también en su denuncia por las mismas, la heteropercepción y la autopercepción como víctimas, vinculado nuevamente al concepto de víctima manejado. La socialización, el imaginario colectivo o la relevación de situaciones de violencia afectan por tanto a la construcción de la experiencia individual, el significado atribuido al hecho delictivo y por tanto su comunicación. Así, es inevitable que el enfoque de género en esta materia sea transcendental para entender la realidad de las víctimas y la relevancia de la interpretación de los derechos, necesidades e intereses²⁵.

²² Véase en profundidad la obra de Fiodorova, Anna, *La víctima en el proceso: perspectiva nacional y europea*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023.

²³ Véase el informe del GREVIO sobre España, cit.

²⁴ Ruiz López, Cristina, *Violencia de género desde la victimología. De la autopercepción a la hetero-designación*, España: Col·lecció Estudis de Violència de Gènere, 2022, p.43 y ss.

²⁵ Pemberton, Antony, "Dangerous Victimology: My Lessons Learned from Nils Christie" *Temida*, 19, 2016, pp.257-276.

II. LOS INTERESES DE JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS

Uno de los puntos de partida en el proyecto Re-treat, sobre evaluación del tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual fue determinar, para evaluar la eficiencia del sistema frente a las víctimas, unos indicadores que pudieran ser homogéneos para los distintos Estados de la UE. La tesis de partida sería que un buen tratamiento procesal a las víctimas coadyuvaría en la cohesión social y el incremento de las denuncias, que ostentan números muy bajos en los países del sur de Europa²⁶, y que puede estar motivado por una percepción generalizada de insatisfacción de las víctimas frente al proceso²⁷.

Lo que se comparte aquí no son por tanto reflexiones teóricas, pese a apoyarse inevitablemente en la doctrina existente, sino la propuesta un modelo de evaluación de tratamiento procesal de las víctimas y sus hallazgos, que nos permita avanzar en la detección de lagunas en este tratamiento pre-procesal, procesal y post-procesal de las víctimas de delitos sexuales. Se centra en los derechos y buenas prácticas reflejados en la Directiva de las víctimas de 2012 desde la perspectiva de los intereses, para permitir una mejor adecuación a la situación particular de cada víctima y que permita una práctica real de los instrumentos normativos existentes²⁸.

La Directiva de las víctimas de 2012 (en adelante ‘Directiva’), que pretende mejorar la situación real y cotidiana de las mismas, hace referencia a derechos de las víctimas, necesidades e intereses, que han de ser valorados

²⁶ Véase la relevante aportación de Temkin y Krahé, sobre el “Justice Gap” en el ámbito de la violencia sexual, Temkin, Jennifer y Krahé, Barbara, *Sexual assault and the justice gap: A question of attitude*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp.31-50. Específicamente sobre los países del sur de Europa, *Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales*, Soletó y Oubiña dirs., Dykinson, 2022.

²⁷ Véase Tamarit Sumalla, Josep M^a. y Villacampa Estiarte Carolina, *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p.50, que destacan la ausencia de coincidencia de los fines del proceso penal y los intereses de las víctimas, que llevan en la práctica a la vulneración de sus derechos y la insatisfacción de sus necesidades, y Ruíz López, Cristina, *Las víctimas de violencia contra las mujeres en la Unión Europea: derechos procesales desde una perspectiva de género*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 311.

²⁸ Amato y Carnevali se refieren al concepto de normalización de la persecución de la violencia de género IPV (violencia íntima de pareja o expareja) en la sociedad italiana, apuntando que, pese a contar con herramientas normativas, estas no acaban de ser eficaces en el sistema, y que una aproximación multi-agencia podría facilitar el cambio, basado en el factor humano. Amato, Rosanna y Carnevali, Davide, “The calm after the storm? The tricky path to restoring the enjoyment of individual rights in Intimate Partner Violence cases” en *Oñati socio-legal series*, vol. 12, issue 3, 2022, pp. 443-477.

de forma individual, siendo la situación de las víctimas de violencia sexual una de especial interés y protección (art.22)²⁹.

Esta flexibilidad y enfoque desde la perspectiva de la víctima, supone que las víctimas pueden tener una variedad de intereses en función de sus propias características, circunstancias y victimización, que han de ser valorados individualmente.

La Directiva se refiere directa e indirectamente a los intereses de la víctima. Algunos de estos intereses, tienen rango de derecho, otros están bajo la protección de un derecho, y otros pueden estar protegidos difusamente por derechos o buenas prácticas. La Directiva se refiere a veces a “necesidades”, sugiriendo a veces “adecuación” (art. 27.7, interpretación), a veces a “necesidad”, que aquí interpretamos como intereses muy importantes de la persona (art. 9.3.a, necesidad de un lugar seguro, art. 22 y 23, necesidades de protección), y a veces al conjunto de intereses generales y específicos de la víctima (art. 4, información en función de las necesidades específicas, art. 25, formación de los profesionales para sensibilizarlos sobre las necesidades de las víctimas).

En el contexto de la relación de la víctima con el sistema judicial, es preferible evitar referirse explícitamente a las necesidades. Esto se debe a que esta terminología se ha ido abandonando progresivamente, ya que evoca una posición de desventaja y asistencialismo. En su lugar, se ha desarrollado un enfoque centrado en el interés de la víctima como parte de la evaluación de los sistemas de justicia penal³⁰.

Además, interesa incorporar el enfoque desde el que se analizan ambos conceptos en materia de la gestión de conflicto, en la que se han trabajado ampliamente³¹. Es relevante en este caso destacar que los intereses suponen una toma de decisión por parte de la persona mediante la cual determina cómo va a satisfacer posibles necesidades (o derechos). Esta toma de decisión se vincula por tanto a la voluntad, a la participación de

²⁹ Interesante la reflexión de De Hoyos sobre las limitaciones de la Directiva, pese a constituir un importante avance en la protección de los derechos de las víctimas. De Hoyos Sancho, Monseerrat, “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”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 34, 2014, pp.1-53.

³⁰ Daly, Kathleen, “Sexual violence and victims’ justice interests”, en *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, de Estelle Zinsstag y Marie Keenan, New York: Routledge, 2017, p.114

³¹ Hernández Moura, Belén, “El papel de las oficinas de asistencia en la satisfacción de los intereses de la víctima”, en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Soletto Muñoz, Helena y Carrascosa Miguel, Ana, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 525-26.

las víctimas³², y nos aleja de respuestas genéricas que en muchas ocasiones limitan la satisfacción de los intereses de las víctimas o definen estos intereses desde el concepto de víctima ideal³³.

Al analizar nuestros sistemas de justicia en relación con la situación de las víctimas de delitos sexuales, nuestro enfoque no es tanto una evaluación de la experiencia de justicia de la víctima, no tanto una evaluación de sus intereses de justicia, sino una evaluación de la situación de los diversos intereses de la víctima, relacionados con la justicia.

El reto de analizar los intereses de las víctimas es incluir los contextos socioculturales de cada país. Así, por ejemplo, sería diferente realizar el análisis en los países anglosajones con sus sistemas de *common law* en comparación con los países del sur de Europa con sus tradiciones de derecho civil y las importantes influencias católicas o cristianas. En este contexto, para la definición de los intereses de justicia debe prestarse atención tanto al contexto específico (por ejemplo, delitos sexuales) como a factores religiosos, culturales, políticos y sociales, entre otros.

El servicio prestado a las víctimas por los sistemas de justicia penal implica el establecimiento de criterios comunes de actuación. Estos criterios permiten dar certeza y seguridad a lo que las víctimas pueden esperar de la actuación de los operadores del sistema de justicia involucrados en su atención. Al mismo tiempo, sin embargo, debe considerarse un tratamiento personalizado que atienda a los diferentes contextos de victimización e interpretación personal. Por ejemplo, en casos de trata de personas, la víctima probablemente priorizaría las medidas de seguridad, mientras que una víctima joven de violación podría requerir privacidad como prioridad.

Probablemente, muchos intereses de las víctimas no incluidos específicamente en la Directiva o en los instrumentos jurídicos de cada país tienen un gran impacto en la decisión de no denunciar, o de retirarse. Pueden incluirse en las necesidades generales a las que se refiere la Directiva.

³² Resulta además interesante la conexión que este enfoque permite entre la autonomía de las personas, ligadas al concepto de dignidad. Véase Peces-Barba, Gregorio, De Asís Roig, Zorrilla, Elena, y Bondía García, David, "La dignidad humana". En *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. Madrid: Dykinson, 2007, p.163.

³³ Véase Christie, Nils "The Ideal Victim", en *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*, de Ezzat Fattah, New York: Palgrave Macmillan, 1986, pp.18 y ss. y Herrera Moreno, Myriam, "¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología", 3o Época, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 12, julio de 2014, p. 363. Accesible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12_5035/Quien_teme_victimidad.pdf.

La posibilidad de que las víctimas participen en el sistema de justicia de una manera adecuada y protectora de sus intereses, sería un objetivo del sistema de justicia, que permitiría en el futuro a las posibles víctimas denunciar y mantener su posición en la fase de investigación así como durante el juicio, y superar, como sociedad, el importante problema de la infradenuncia, las prácticas de no criminalización y la impunidad en relación con los delitos sexuales, permitiendo al sistema desarrollar mejores herramientas de prevención y para una mejor protección de las víctimas.

Por lo tanto, para el desarrollo de este proyecto, se han considerado las siguientes categorías de intereses de las víctimas, incluidas específicamente en la Directiva 29/2012, como en abstracto, así como en las propuestas de Daly.

Daly ha construido un Modelo de Victimización y Justicia que permite evaluar los diferentes mecanismos de justicia desde la perspectiva de la víctima³⁴. Así, sostiene que para evaluar los sistemas de justicia penal han de tenerse en cuenta i) los contextos de victimización, ii) los mecanismos de justicia disponibles y iii) los intereses de las víctimas en materia de justicia. El tercer elemento -intereses en materia de justicia- se refiere a la relación política entre las víctimas -como ciudadanas- y el sistema de justicia, en el sentido de que al recurrir al sistema después de sufrir un delito, las víctimas tienen la expectativa de lograr un determinado resultado (justicia). Además, si ese resultado es positivo, es de esperar que pueda tener un efecto en su bienestar (físico, psicológico, etc.). Los intereses en materia de justicia según Daly serían los siguientes:

- Participación: estar informada de las opciones y el desarrollo del caso, incluidos los tipos de mecanismos disponibles; capacidad de hacer preguntas y recibir información sobre el delito.
- Voz: contar la historia de lo sucedido y sus repercusiones en un entorno significativo en el que la víctima pueda obtener reconocimiento público.
- Validación: afirmar que se cree a la víctima - sobre la existencia del delito y que se le produjo un daño - y que no se le culpa por lo ocurrido. Refleja el deseo de que se le crea.
- Reivindicación: condena pública y censura de lo sucedido. Puede expresarse a través de formas simbólicas y materiales de reparación y

³⁴ Daly, Kathleen. "Conventional and Innovative. Justice Responses to Sexual Violence". *Australian Centre for the Study of Sexual Assault* 12, nº2, 2011 pp. 1-35.

formas estándar de castigo estatal. Implica la censura del acto como ilícito y del ofensor, tanto desde el punto de vista legal como desde la perspectiva de las víctimas.

- Responsabilización del delincuente: exigir que el delincuente rinda cuentas de sus actos (por qué lo hizo), con la expectativa de que el delincuente asuma activamente la responsabilidad de su comportamiento ilícito.

El modelo de Daly ofrece una interesante forma de análisis de las estrategias de las víctimas en la denuncia y la participación en el proceso, que podemos reestructurar a la luz de la Directiva 2012/29/UE. Esta realiza específica referencia a los derechos de las víctimas, sus necesidades e intereses, estableciendo que deben evaluarse de manera individual, siendo la situación de las víctimas de violencia sexual de especial interés y dignas de una especial protección (art. 22).

La atención que se ofrece a la víctima por el sistema de justicia implica el establecimiento de criterios comunes para la actuación, que hacen posible ofrecer seguridad y certeza a la víctima sobre las actuaciones y actores del sistema de justicia involucrados en su caso.

Al mismo tiempo, sin embargo, el tratamiento personalizado debe tener en cuenta diferentes contextos de victimización e interpretación personal. Esta flexibilidad y el foco en la perspectiva de la víctima que integra la Directiva asume que las víctimas pueden tener una variedad de intereses dependiendo de sus propias características, circunstancias y victimización, que ha de ser valorada de forma individual.

La Directiva se refiere directa e indirectamente a los intereses de las víctimas. Algunos de esos intereses tienen el estatus de un derecho, otros están bajo la protección de un derecho, y otros pueden protegerse difusamente por derechos o buenas prácticas.

La Directiva se refiere en ocasiones a “necesidad”, que puede interpretarse como “adecuación para usar un recurso” (art. 7.7, derecho a la interpretación y traducción; los Estados garantizarán que las autoridades evalúen si la víctima necesita interpretación o traducción).

En otras ocasiones la palabra “necesidad” refleja el grado de alto interés para la persona (art. 9.3.a, necesidad de un lugar seguro, arts. 22 y 23, necesidades de protección), y en otras ocasiones al grupo de intereses generales y específicos de la víctima (art. 4, información según las necesidades específicas, art. 25, capacitación de profesionales para mejorar la concienciación respecto a necesidades de las víctimas).

En el contexto de la relación de las víctimas con el sistema de justicia, como se ha señalado, preferimos evitar el término “necesidades”, que puede evocar una posición de desventaja y dependencia. Frente a ello se ha desarrollado, en la evaluación de los sistemas de justicia penal, una perspectiva enfocada a los intereses de las víctimas.

Como se señalaba, en el análisis que aquí se hace del sistema de justicia en relación con la situación de las víctimas de delitos sexuales, se centra en la evaluación de los diversos intereses personales de la víctima en su relación con el sistema de justicia, acercándonos a los posibles motivos de la ocultación de estos delitos.

Incorporar la perspectiva de intereses de las víctimas permitirá su participación adecuada en las distintas fases procesales, incluso desde la decisión de presentar denuncia, superando importantes obstáculos e impactando directamente en una atención sin perjuicios y una menor impunidad por medio del desarrollo de mejores herramientas de prevención y una mejor protección de las víctimas.

Los intereses que sirven de referencia para la evaluación de la actividad desde la percepción de operadores y víctimas son así los incluidos en la Directiva 29/2012/UE mediante una mención expresa o abstracta además de los específicos intereses relativos a justicia descritos por la doctrina especializada.

INTERESES DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO SEXUAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA	
1. Privacidad (art. 21)	a. <i>Vergüenza y autodeterminación informativa</i> b. <i>Anonimato</i> (art. 23)
2. Información (art. 6, art. 7)	
3. Participación	a. <i>Ser escuchada</i> (art. 10- Voz en el modelo Daly) b. <i>Solicitar, exigir, aceptar, obtener respuestas</i> (art. 11, cuando no se procese, art. 12 justicia restaurativa, art. 13 asistencia legal-Participación en el modelo Daly)
4. Compensación (art. 14, reembolso de gastos, art. 16, indemnización del infractor)	
5. Seguridad (art. 18 protección)	
6. Dignidad (art. 18 explícitamente y en abstracto; en concreto: art. 23.2.a, entrevistas en entornos especializados, art. 23.2.b. realizadas por profesionales capacitados para tal fin, art. 23.2.c, por la misma persona, 23.2. d, del mismo sexo, artículo 23.3.c, evitar preguntas innecesarias sobre la vida privada de la víctima no relacionadas con el delito penal)	
7. Apoyo (art. 8, servicios de apoyo a las víctimas, 24.1.b, representante especial para la víctima menor de edad por conflicto de intereses)	

INTERESES DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO SEXUAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA
8. Minimización del estrés-salud mental (art. 19, evitar el contacto entre víctima e infractor, art. 23.3.a evitar el contacto visual con el acusado, art. 23.3.b testimonio sin estar presente, art. 24.1.a grabación de la entrevista para la víctima en la infancia, art. 3 y art. 20, ser acompañada)
9. Responsabilización del delincuente (art. 12 Justicia restaurativa, modelo Daly)
10. Validación y reivindicación (modelo Daly)

Tabla 1. Intereses de las víctimas de delito sexual y sistema de Justicia (Elaboración propia)

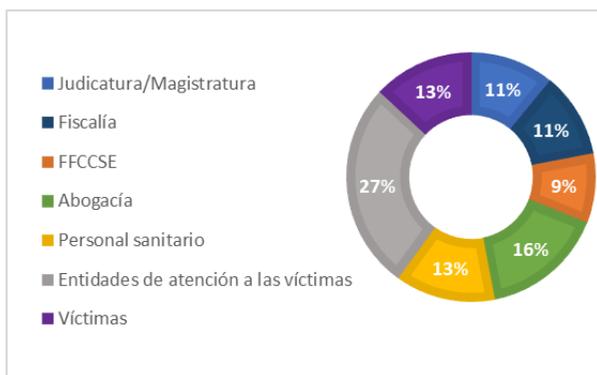
El mayor desafío del análisis reside en comprender en esta evaluación los contextos socioculturales (factores religiosos, culturales, políticos y sociales en general, entre otros) que influyen en la evaluación de la situación por parte de la víctima y su decisión de denunciar y perseguir o la de su entorno, y el tratamiento por los operadores jurídicos (desde la policía en el primer contacto hasta la magistratura en el último recurso). Así, por ejemplo, pese a existir una clara normativa represora de los hechos, prejuicios y creencias que trascienden al grupo social implican un menor apoyo social a las víctimas y un mayor ocultamiento del hecho delictivo, menor interés en la persecución por parte de los investigadores o una punición leve en su caso.

III. LA PERCEPCIÓN DE LOS OPERADORES Y LAS VÍCTIMAS

1. METODOLOGÍA

En este trabajo se han realizado entrevistas en profundidad a profesionales que intervienen en el proceso penal y víctimas de delitos sexuales.

Las entrevistas, se desarrollaron en base a un guion de preguntas abiertas sobre el tratamiento de las víctimas de delitos sexuales en la etapa preprocesal, procesal y postprocesal, ahondando en la atención o no de los intereses previamente identificados. Asimismo, con fines exploratorios también se planteó que rellenaran un cuestionario para evaluar en una escala de Likert 1 (mínima satisfacción) a 5 (máxima), aspectos sobre la percepción de la víctima sobre el tratamiento que recibe del sistema de justicia, facilitado el mismo a un número mayor de profesionales (n=61).



Gráfica 1. Personas entrevistadas

Se realizó un muestreo no probabilístico de bola de nieve, contactando con profesionales que recomendaron otras personas de su disciplina o área de conocimiento. El trabajo de campo tuvo lugar entre mayo y octubre de 2020 por 10 investigadoras de RE-TREAT. Se realizaron 45 entrevistas individuales (o a dos voces cuando provenían de la misma entidad o con estrecha conexión). El perfil profesional de las personas entrevistadas es Judicatura o Magistratura (11%); Fiscalía (11%), Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FFCCSE) (9%), Abogacía (16%), Personal sanitario (13%) y de Entidades de atención a las víctimas (27%). Por otra parte, se entrevistaron 6 víctimas (13%). Fueron entrevistados un total de 39 mujeres y 6 hombres, contando el 80% con más de 10 años de experiencia en el caso de las entrevistas profesionales.

Se contrastaron las respuestas con la perspectiva del análisis de los intereses, manteniendo 3 objetivos clave: (1) comprensión del servicio o labor prestada; (2) análisis de la satisfacción de intereses en fases correspondientes (preprocesales, procesales y/o postprocesales); (3) y detección de obstáculos y posibles mejoras y buenas prácticas.

2. PRINCIPALES HALLAZGOS

En términos generales, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico español se recogen numerosos y acertados instrumentos para la protección de los intereses de la víctima de delito sexual. Sin embargo, la problemática se encuentra en la práctica, donde el procedimentalismo y la falta de interés y recursos propicia la falta de cumplimiento de esta legislación. Ello invita a revisar el carácter facultativo o de *soft law* de muchas de las medidas de apoyo reconocidas para la víctima y a imponer sanciones y consecuencias

para el incumplimiento de las imperativas y de las interpretadas como facultativas.

PERCEPCIÓN GENERAL DE LOS OPERADORES	
COMPENSADAS	2,29
RESTAURADAS	2,31
SOBRE LA PROTECCIÓN DE SU SALUD MENTAL	2,41
RECIBEN RESPUESTAS	2,61
ACOMPAÑADAS	2,66
APOYADAS	2,69
RESPONSABILIZACIÓN DEL OFENSOR	2,70
SOBRE SU PARTICIPACIÓN	2,70
INFORMADAS	2,71
SOBRE SU PRIVACIDAD	2,83
CREÍDAS	2,84
ESCUCHADAS	2,94
SOBRE SU SEGURIDAD	3,10
RESPETADAS	3,19

Tabla 2. Percepción general de los operadores acerca de la protección de los intereses de las víctimas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

Se observa que el periodo de mayor atentado del sistema de justicia a los intereses de las víctimas es la primera fase tras el hecho delictivo, en la que la mayoría de los casos acaba decayendo. Además, la baja eficacia del sistema de justicia respecto de este tipo de delitos redunda en una muy baja tasa de denuncia, lo que retroalimenta la existencia de una gran cifra negra de delitos.

De los datos recabados por medio de la valoración (del 1 al 5) de la percepción sobre la protección de los intereses de las víctimas por los profesionales se observa una percepción claramente diferenciada de manera significativa: la Policía refleja una percepción muy alta de protección, seguida por el Ministerio Público y el personal médico. Drásticamente más bajas son las valoraciones de los Servicios de Asistencia a las Víctimas, de los Abogados y del Poder Judicial. Estos resultados podrían deberse, entre otras cosas, a la cercanía de los dos primeros grupos profesionales a las víctimas tanto en el proceso como en las fases previas y posteriores al mis-

mo, y el conocimiento más amplio de la realidad procesal desde la fase más cercana al hecho delictivo hasta años después de la condena y ejecución.

PERCEPCIÓN GENERAL DE LAS VÍCTIMAS	
RECIBEN RESPUESTAS	0,83
SOBRE SU SEGURIDAD	0,83
SOBRE SU PARTICIPACIÓN	1,00
SOBRE SU PRIVACIDAD	1,50
INFORMADAS	2,00
CREÍDAS	2,00
RESPETADAS	2,00
SOBRE LA PROTECCIÓN DE SU SALUD MENTAL	2,00
ESCUCHADAS	2,17
ACOMPAÑADAS	2,50
APOYADAS	2,50

Tabla 3. Percepción general de las víctimas acerca de la protección de sus intereses. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

Al analizar los resultados de manera general, sin diferenciación por grupos profesionales consultados, los intereses que parecen estar mejor satisfechos, serían el *respeto* y la *seguridad*, así como la *escucha*, aunque esta última en menor medida (con una media de 3,19; 3,10 y 2,94 respectivamente). En cualquier caso, incluso los intereses que parecen estar mejor satisfechos alcanzan una valoración insuficiente.

Los intereses peor satisfechos serían la compensación, la restauración y la salud mental (con una media de 2,29; 2,31 y 2,41 respectivamente). En cualquier caso, incluso los intereses que parecen mejor satisfechos están infravalorados. Asimismo, se observa una mejor satisfacción de aquellos intereses que, de no ser satisfechos, podrían tener un efecto directo sobre el desarrollo o la continuidad del propio proceso, y no sólo sobre las víctimas (*respeto*, *escucha*, *seguridad*).

Los profesionales del derecho califican como menor la protección efectiva de los intereses de las víctimas, y sólo califican como mayor la protección de la privacidad. Esto podría deberse a un conocimiento más profundo de lo que la ley establece y de lo que sucede en la práctica en las diferentes etapas del procedimiento, desde la agresión hasta años después de la resolución final.

Cuando analizamos las puntuaciones medias de las víctimas que ha participado en el Proyecto, observamos que estas son realmente bajas (entre 0,83 y 2,50). En este caso, los intereses correspondientes a la *responsabilización del ofensor*, la *compensación* y la *restauración* no se registran debido a que en ninguno de los casos de las víctimas entrevistadas se había celebrado la vista oral, excepto en uno de los casos, estando pendiente de sentencia, por lo que no procedía preguntar por ello. Con todo, señalar que, respecto a la *restauración*, todas las participantes indicaron la ausencia de esta ya que perciben que las agresiones sexuales contra las mujeres no tienen visibilidad y, cuando la tienen, estigmatiza a la mujer víctima, por lo que ellas mismas son las primeras en ocultar que han sido víctimas de un delito de violencia sexual.

Respecto a los datos recogidos, aunque la muestra es pequeña, merece ser reseñado que el patrón de respuesta es muy uniforme y denota el elevado grado de insatisfacción que experimentan las participantes en relación con los diferentes aspectos evaluados, y que se encuentran implicados en distintos momentos del proceso policial, sanitario, forense y judicial. Entrando en mayor detalle, sólo el 50% de las participantes se siente escuchadas (puntuación=4), pero no por las instituciones, sino por la familia o amigas y amigos; por tanto, en realidad, el sistema no les está proporcionando esa escucha; sólo el 33% de ellas se sienten creídas (puntuación=4), por la trabajadora social y la psicóloga del Centro de la CAM, pero no por las instituciones policiales, judiciales o sanitarias; y el 75% se sienten apoyadas (puntuación=4), por la familia o amigas y amigos, pero nuevamente no por las instituciones. Además, hay que subrayar el bajo grado de seguridad que perciben y la práctica ausencia de respuestas que reciben desde las instituciones. De hecho, la únicamente de información que les llega sobre el proceso (cuál es el siguiente paso, cómo va evolucionando, los tiempos de espera y las demandas previsibles en cada momento, etc.) procede de la abogada del Centro de la CAM.

Por tanto, la percepción que tienen las víctimas de las instituciones y de los agentes oficiales directamente implicados en el proceso es muy negativo, ya sea por omisión en la atención o por la atención inadecuada que han recibido.

Cuando comparamos la percepción de la satisfacción de los intereses de los operadores jurídicos, frente a los resultados obtenidos por las víctimas, obtenemos los siguientes resultados:

COMPARATIVA PERCEPCIÓN GENERAL			
INTERESES	DE LAS VÍCTIMAS	MAGISTRATURA, FISCALÍA, Y FFCCSE	DE TODOS LOS GRUPOS PROFESIONALES
RECIBEN RESPUESTAS	0,83	2,82	2,61
SOBRE SU SEGURIDAD	0,83	3,41	3,10
SOBRE SU PARTICIPACIÓN	1,00	3,17	2,70
SOBRE SU PRIVACIDAD	1,50	2,94	2,83
INFORMADAS	2,00	3,00	2,71
CREÍDAS	2,00	2,93	2,84
RESPETADAS	2,00	3,61	3,19
SOBRE LA PROTECCIÓN DE SU SALUD MENTAL	2,00	2,53	2,41
ESCUCHADAS	2,17	3,18	2,94
ACOMPAÑADAS	2,50	2,94	2,66
APOYADAS	2,50	2,78	2,69

Tabla 4. Comparativa de la percepción general de protección de los intereses entre la valoración realizada por profesionales y la realizada por víctimas. Elaboración propia en base a las entrevistas realizadas (2020)

Iniciar destacando que mientras que la media de valoraciones realizadas por los profesionales (valoración general de todos los grupos profesionales entrevistados) encuentra su media más baja en los intereses valorados en *la protección de la salud mental* de las víctimas con una media de 2,41 (superada en todos los intereses consultados por la *compensación* con una media de 2,29), por parte de las víctimas todas las medias se encuentran por debajo de la puntuación de 2,50 alcanzada en el *apoyo* y el *acompañamiento* (recordando que éste ni siquiera proviene generalmente de los operadores jurídicos o la estructura del proceso, sino que es satisfecho por el entorno de las víctimas). Ello refleja la gran diferencia de percepción existente en la satisfacción de sus intereses.

Sin embargo, estas diferencias se intensifican claramente cuando se realiza una comparativa entre la valoración de las víctimas y la realizada por el conjunto de grupos profesionales formados por la Judicatura y Magistratura, Fiscalía y FFCCSE. Merece señalarse que uno de los intereses mejor valorados por estos profesionales es la *seguridad* de las víctimas (3,41) siendo uno de los intereses peor satisfechos según la percepción de las

víctimas (0,83), junto a la *obtención de respuestas*. De la misma manera, encontramos resultados opuestos respecto a la *participación*, siendo valorada con una puntuación de 3,17 por los operadores jurídicos y solamente alcanzando una media de 1,00 por las víctimas. Lo mismo sucede con la *privacidad*, con una media de 2,94 y 1,50 respectivamente y el *respeto* con una media de 3,18 y 2,00 respectivamente.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Aunque existan leyes, protocolos y guías que protejan los intereses de las víctimas, la realidad no llega a pasar la evaluación de la protección de los intereses de justicia de las víctimas desde el punto de vista de muchos operadores especializados y de las propias víctimas.

Las víctimas enfrentan numerosos y graves obstáculos, en muchos casos invisibles a la visión jurídica tradicional, para comunicar el hecho delictivo y participar en el proceso penal de forma constructiva. Los operadores en general pueden ser ajenos a esta situación, puesto que, aunque en general desarrollen su actividad de buena fe, en muchas ocasiones son víctimas de sus propias creencias y desconocimiento de los intereses de las víctimas, distanciamiento emocional, desempeño literalmente respetuoso con la norma y presión por la carga de trabajo.

La ley de garantía de la libertad sexual introduce modificaciones normativas y sobre todo, previsiones de regulación a futuro, enfocadas a mejorar la situación del tratamiento a las víctimas frente al proceso penal, sin embargo, sin un enfoque práctico y una conciencia global de cambio de paradigma y de integración de la perspectiva de víctima en su aplicación, no se podrá avanzar. Los operadores han de asumir que una modificación legislativa no trae por sí un cambio en la práctica, por lo que la evaluación y supervisión de la práctica habrá de ser un denominador común.

Todos los cambios necesarios para cambiar la dinámica y la experiencia revictimizadora pasan por la necesidad de poner en el centro del proceso penal la reparación personalizada a la víctima, ofreciendo un abanico más amplio y flexible de herramientas para cada víctima, atendiendo de manera específica la atención integral a la víctima. Para ello, es necesario un especial esfuerzo en la fase de investigación de los delitos, la inclusión auténtica de la perspectiva de la víctima en la labor de todos los operadores, y más concretamente:

1. Mejorar los protocolos de abordaje integral, primando la atención médica inmediata, y centrando en los intereses de la víctima el servicio integral:
 - a) Promoción de atención integral en centros de atención a víctimas de delito sexual (*rape crisis centers* -previsto en LOGILS-).
 - b) Priorización de la atención médica en servicios médicos de fácil accesibilidad.
 - c) Adecuación de la respuesta policial a la decisión de la víctima (toma de declaración cuando la víctima esté preparada para proporcionar la declaración).
 - d) Adecuación de la actividad forense en torno a las necesidades de la víctima (Elaboración de protocolos de actuación conjunta o coordinación entre servicios asistenciales y médicos forenses dirigidos a asegurar la validez y cadena de custodia de las tomas de muestra).
 - e) Mejora de la comunicación e interacción entre los profesionales.
2. Dotar con medios personales adecuados y suficientes las oficinas de atención a las víctimas.
 - a) Inversión estable en servicios con participación social (ONGs especializadas).
 - b) Medios personales suficientes para atender adecuadamente a las víctimas, eliminando las listas de espera.
 - c) Espacios adecuados y privados para acoger el proceso de denuncia y muestras.
3. Reforzar las unidades policiales:
 - a) Formación especializada centrada en la perspectiva y los intereses de las víctimas, con especial esfuerzo en identificar prejuicios, mejora de técnicas de comunicación y gestión ágil de los casos.
 - b) Especialización de policías en toma de declaración a víctimas menores de edad.
 - c) Incremento de las plantillas femeninas.
 - d) Reducción del número de casos por policía o binomio policial y garantía de competencia del mismo para todo el proceso.
 - e) Integración de medios materiales adecuados que garanticen la intimidad para la víctima.

- f) Priorizar temporalmente las investigaciones por delito sexual y especialmente aquellas en las que las víctimas sean más vulnerables (menores de edad y jóvenes, personas con funcionalidad diversa, migrantes...).
4. Regulación del tratamiento procesal del delito sexual análogo al de la violencia de género entre parejas o exparejas (IVP): detención y puesta a disposición judicial, competencia judicial policial y fiscal especializada (previsto en LOGILS).
 5. Revisión normativa de la LECrim en materia de prueba preconstituida para priorizar, generalizar y flexibilizar su uso.
 6. Reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para que a las víctimas de delitos sexuales (ya sean menores o mayores de edad) puedan tener un abogado gratuito especializado desde antes de la denuncia y para todo el procedimiento (previsto parcialmente en LOGILS), y establecimiento de la obligatoriedad de abogado designado por el turno especializado para víctimas menores de edad.
 7. Modificación de la normativa penal estableciendo el carácter público de los delitos contra la libertad sexual.
 8. Formación de los operadores del sistema de justicia, además de la ya señalada policía, en victimización sexual, Jueces, Fiscales, servicios de atención a víctimas, abogados y autoridades penitenciarias (previsto parcialmente en LOGILS).
 - a) Perspectiva de género en la victimización
 - b) Comprensión de mitos relacionados con la violencia sexual
 - c) Variabilidad de intereses de las víctimas de violencia sexual
 - d) Estrategias de comunicación con víctimas de delito sexual y allegados
 - e) Lenguaje forense respetuoso con la perspectiva de las víctimas
 - f) Profundización en exclusión probatoria y control de preguntas en interrogatorio de las víctimas
 9. Establecimiento de un sistema de adelanto de indemnizaciones y/o fondo de indemnizaciones estatal (previsto parcialmente en LOGILS).
 10. Inclusión en los servicios de atención a las víctimas la atención para víctimas de casos no denunciados e incluso prescritos.

11. Desarrollo de procedimientos por parte de la fiscalía en casos ya prescritos, que puedan derivar en su caso en procedimientos restaurativos.
12. Especialización de los servicios de justicia restaurativa en victimización sexual, victimización de menores y especialidades de la materia para la restauración.

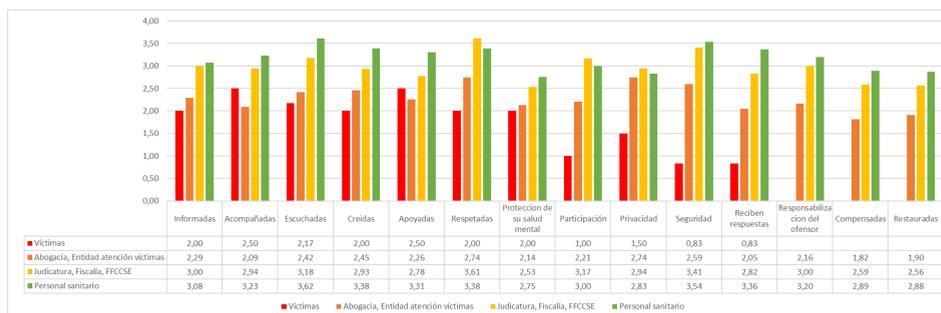
ANEXOS

ANEXO I. COMPARATIVA VALORACIÓN MEDIA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES EN BASE A LA FORMACIÓN DE LOS OPERADORES

FORMACIÓN	INFORMADA	ACOMPANADA	ESCUCHADA	CREIDA	APOYADA	RESPECTADA	PROTECCIÓN DE SU SALUD MENTAL	PARTICIPACION	PRIVACIDAD	SEGURIDAD	RECIBE RESPUESTAS	RESPONSAB. DEL OFENSOR	COMPENSADA	RESTAURADA
JURISTA	2,56	2,41	2,79	2,78	2,45	3,21	2,29	2,56	2,82	2,97	2,23	2,54	2,03	2,81
OTRA FORMACIÓN	2,95	3,05	3,19	2,95	3,05	3,14	2,60	2,95	2,85	3,29	3,21	2,94	2,76	2,81
TOTAL	2,71	2,66	2,94	2,84	2,69	3,19	2,41	2,70	2,83	3,10	2,61	2,70	2,29	2,31

Tabla 5. Valoración media de protección de los intereses en base a la formación sobre escala de Likert del 1 al 5. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

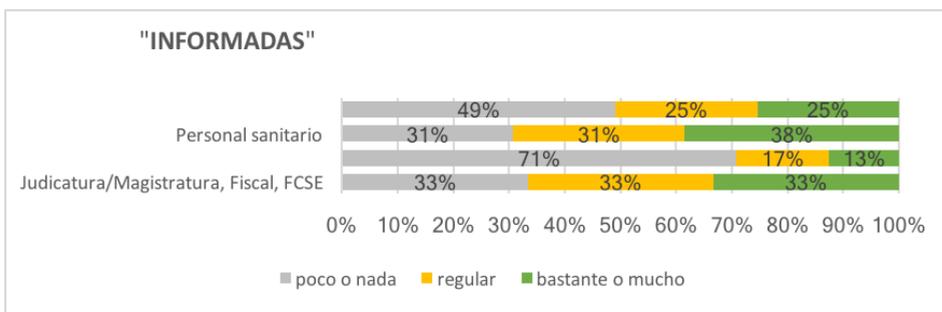
ANEXO II. VALORACIÓN MEDIA DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES (GRUPO PROFESIONAL Y VÍCTIMAS)



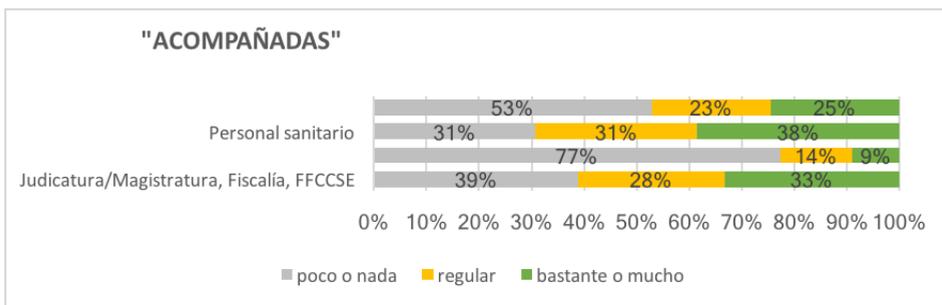
Gráfica 2. Valoración media de cada interés en base al grupo profesional encuestado. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

ANEXO III. VALORACIÓN DESGLOSADA POR INTERÉS Y AGRUPACIÓN DE GRUPO PROFESIONAL

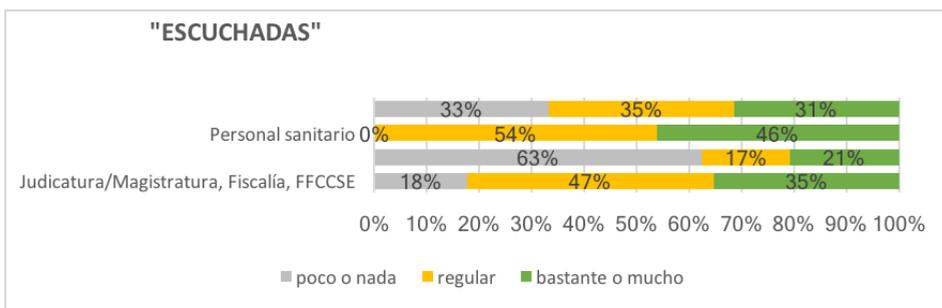
Agrupación por grupos de profesionales pertenecientes al sistema público de justicia (Judicatura, Fiscalía, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), de atención a la víctima en sentido amplio (Abogacía y servicios de atención a víctimas) y personal sanitario.



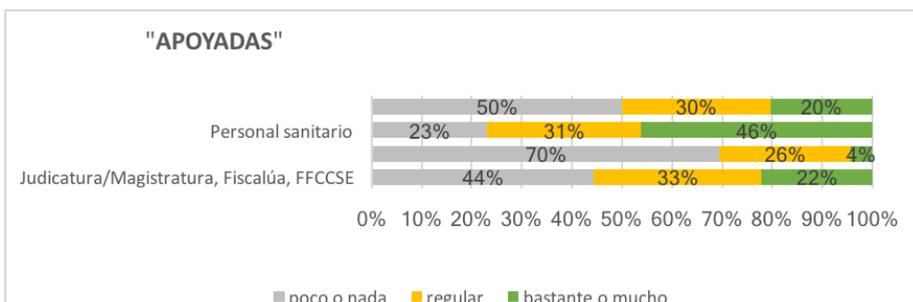
Gráfica 3. Informadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



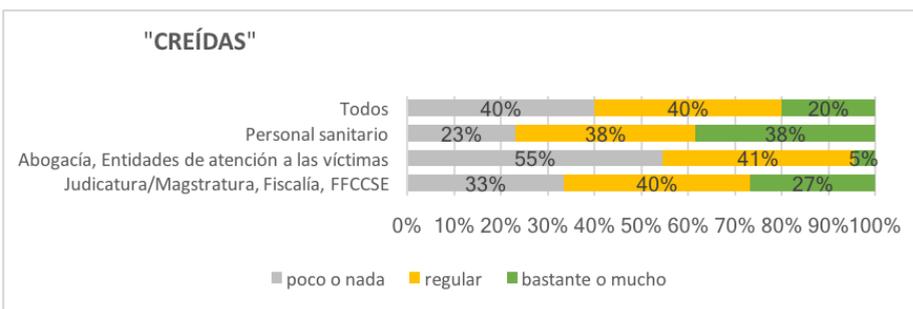
Gráfica 4. Acompañadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



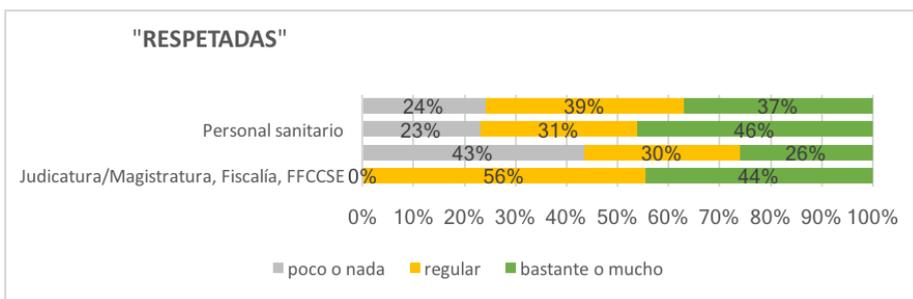
Gráfica 5. Escuchadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



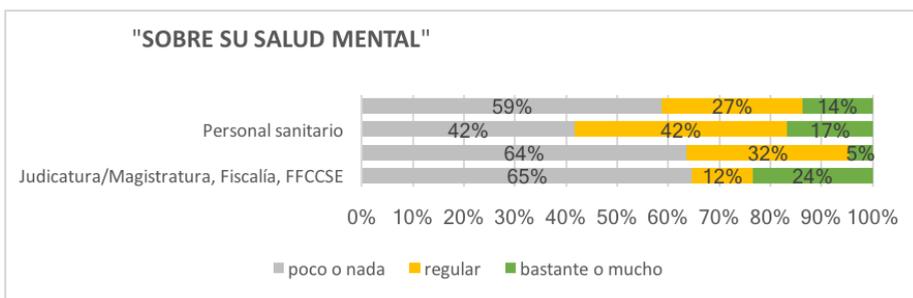
Gráfica 6. Apoyadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



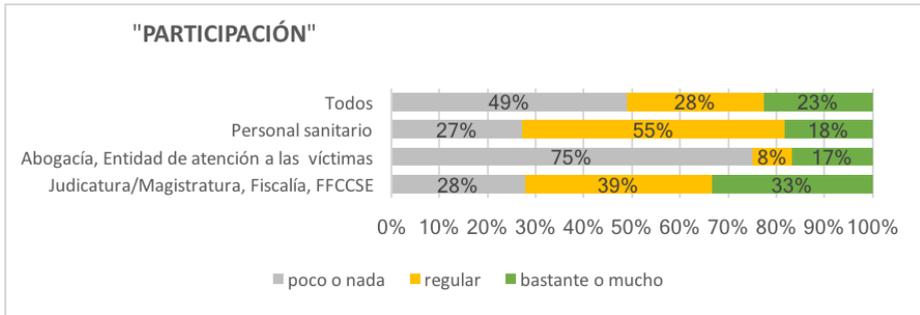
Gráfica 7. Creídas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



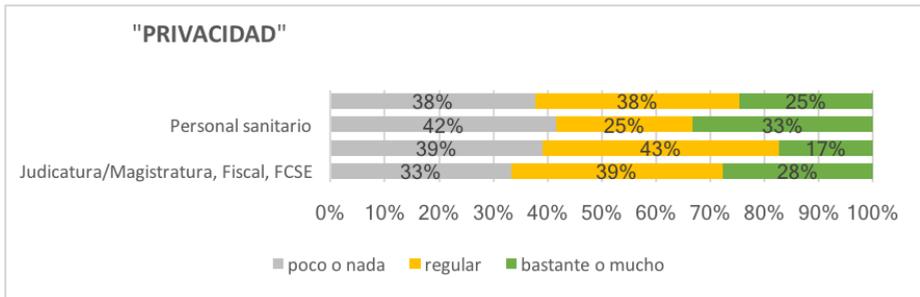
Gráfica 8. Respetadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



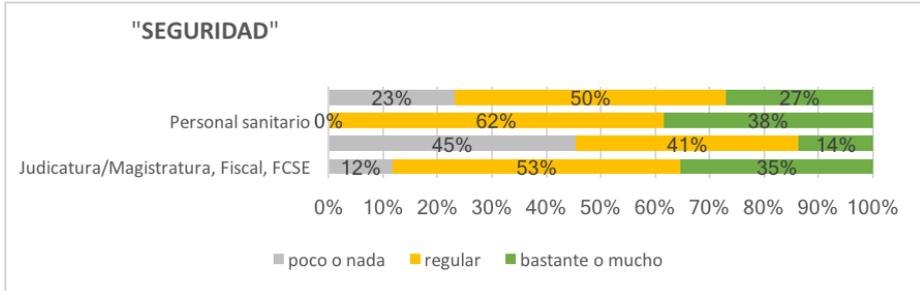
Gráfica 9. Sobre su salud mental. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



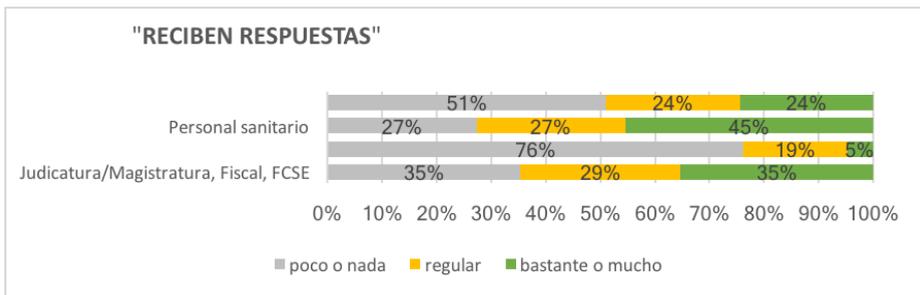
Gráfica 10. Participación. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



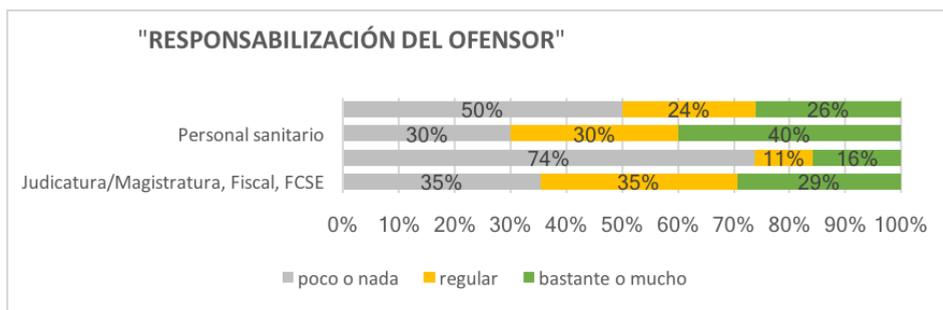
Gráfica 11. Privacidad. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



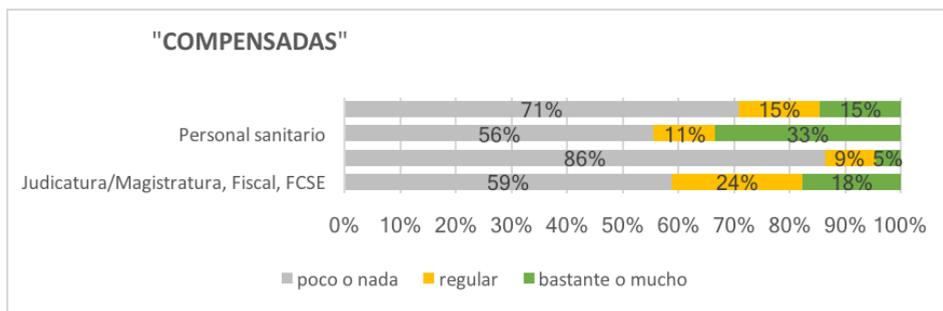
Gráfica 12. Seguridad. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



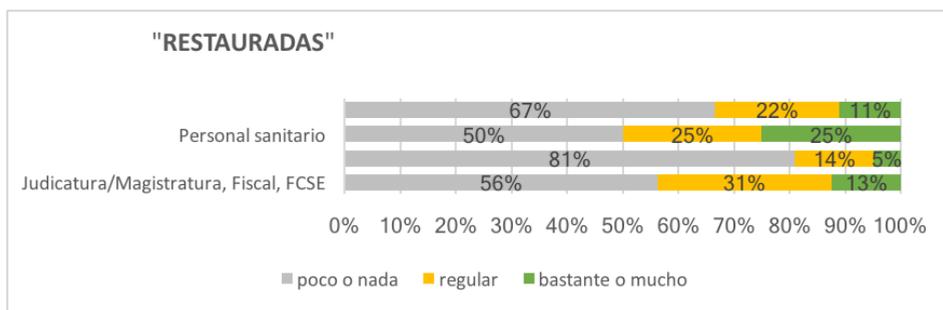
Gráfica 13. Reciben respuestas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



Gráfica 14. Responsabilización del ofensor. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



Gráfica 15. Compensadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)



Gráfica 16. Restauradas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

BIBLIOGRAFÍA

- Amato, Rosanna y Carnevali, Davide. "The calm after the storm? The tricky path to restoring the enjoyment of individual rights in Intimate Partner Violence cases" en *Oñati socio-legal series*, vol. 12, issue 3, 2022: 443-477.
- Beristain Ipiña, Antonio. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

- Christie, Nils. "The Ideal Victim", en *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*, de Ezzat Fattah, New York: Palgrave Macmillan, 1986.
- Daly, Kathleen. "Sexual violence and victims' justice interests", en *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*, de Estelle Zinsstag y Marie Keenan, New York: Routledge, 2017.
- Daly, Kathleen. "Conventional and Innovative. Justice Responses to Sexual Violence". *Australian Centre for the Study of Sexual Assault* 12,2, 2011:1-35.
- De Hoyos Sancho, Monserrat. "El ejercicio de la acción penal en España. Un verdadero derecho de acusar para las víctimas", en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soleto Muñoz y Ana Carrascosa, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- De Hoyos Sancho, Monserrat. "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", en *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 34, 2014:1-53.
- Elbers, Nieke, et alii, "Procedural justice and quality of life in compensation processes" *Injury, International Journal of the Care of the Injured*, vol. 44, issue 11, nov. 2013.
- Fiodorova, Anna. *La víctima en el proceso: perspectiva nacional y europea*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023.
- García-Pablo, Antonio. *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*, España: Espasa, 1988.
- Gómez Colomer, Juna Luis. *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima*, 2º, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi S.A., 2015.
- Ferreiro Baamonde, Xulio Xosé. *La víctima en el proceso penal*, Madrid: La Ley, 2005.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- Hernández Moura, Belén. "El papel de las oficinas de asistencia en la satisfacción de los intereses de la víctima", en *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*, de Helena Soleto Muñoz y Ana Carrascosa Miguel, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Herrera Moreno, Myriam. "¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología", 3o Época, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 12, julio de 2014: 343-404.
- Landrove Díaz, Gerardo. "Las víctimas ante el derecho español", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, n.113, 1998: 196-207.
- López Jiménez, Raquel. *Victimización sexual y nuevas tecnologías: desafíos probatorios*, Madrid: Dykinson, 2021.
- Peces-Barba, Gregorio, De Asís Roig, Zorrilla, Elena, y Bondía García, David. "La dignidad humana". En *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. Madrid: Dykinson, 2007:155-172.

- Pemberton, Antony. "Dangerous Victimology: My Lessons Learned from Nils Christie" *Temida*, 19, 2016: 257-276.
- Quintero Olivares, Gonzalo. "La víctima y el Derecho Penal", en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, de Josep M^a Tamarit Sumalla, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Ruiz López, Cristina. *Violencia de género desde la victimología. De la autopercepción a la heterodesignación*, España: Col.lecció Estudis de Violència de Gènere, 2021.
- Ruiz López, Cristina. *Las víctimas de violencia contra las mujeres en la Unión Europea: derechos procesales desde una perspectiva de género*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Soletó, Helena y Oubiña, Sabela, dirs., *Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales*, Madrid: Dykinson, 2022.
- Soletó, Helena. "La ineficacia del sistema de justicia español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual: un espacio para la justicia restaurativa", *Teoría y Derecho*, n.26, 2019: 320-341.
- Soletó, Helena y Grané, Aurea. *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio José. "El paradigma de la humanidad en la Justicia Restaurativa", *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n.24, 2012: 143-153.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a. "El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la Directiva europea de 2012", *Ars Iuris Salmenticensis*, 1, junio, 2013: 139-160.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a. "¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?", en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, de Josep M^a Tamarit Sumalla, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Tamarit Sumalla, Josep M^a. y Villacampa Estiarte Carolina. *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*, Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2006.
- Temkin, Jennifer y Krahe, Barbara. *Sexual assault and the justice gap: A question of attitude*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

DOCUMENTOS OFICIALES E INFORMES

- COE. *Gender Equality Strategy 2018-2023*. Accesible en <https://www.coe.int/en/web/genderequality/gender-equality-strategy>
- COE. GREVIO. *Baseline Evaluation Report Spain*. 2020. Accesible en: https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/newsroom/-/asset_publisher/anInZ5mw6yX/content/grevio-publishes-its-first-baseline-report-on-spain?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fistanbul-convention%2Fnewsroom%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_anInZ5mw6yX%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D2

- UE. Fundamental Rights Agency, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE*, 2014. Accesible en: <https://fra.europa.eu/es/publication/2020/violencia-de-genero-contra-las-mujeres-una-encuesta-escala-de-la-ue>
- UE. Programa de Estocolmo del Consejo Europeo, “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” (2010/C 115/01). 2010. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:ES:PDF>
- UNICEF. *A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents*, 2017. Accesible en: <https://data.unicef.org/resources/a-familiar-face/>
- UNODC. *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*, 2022. Accesible en: https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Publicaciones/Crimen/GLO-TiP_2022_web.pdf
- UN. Objetivos de desarrollo sostenible, Objetivo 5, 2019. Accesible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

LEGISLACIÓN Y OTRAS DISPOSICIONES NORMATIVAS

- Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. DOUE-L-2014-80901. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-80901>
- Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. DOUE-L-2012-82192. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>
- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección DOUE-L-2011-82662. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82662>
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.
- DOUE-L-2011-82637. Accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82637>
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. DOUE-L-2011-80799. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799>
- Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. DOUE-L-2004-82048. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-82048>

ÍNDICES

ÍNDICE DE TABLAS

- Tabla 1.** Intereses de las víctimas de delito sexual y sistema de Justicia
- Tabla 2.** Percepción general de los operadores acerca de la protección de los intereses de las víctimas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Tabla 3.** Percepción general de las víctimas acerca de la protección de sus intereses. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Tabla 4.** Comparativa de la percepción general de protección de los intereses entre la valoración realizada por profesionales y la realizada por víctimas. Elaboración propia en base a las entrevistas realizadas (2020)
- Tabla 5.** Valoración media de protección de los intereses en base a la formación sobre escala de Likert del 1 al 5. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

ÍNDICE DE GRÁFICOS

- Gráfica 1.** Personas entrevistadas
- Gráfica 2.** Valoración media de cada interés en base al grupo profesional encuestado. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 3.** Informadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 4.** Acompañadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 5.** Escuchadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 6.** Apoyadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 7.** Creídas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 8.** Respetadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 9.** Sobre su salud mental. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 10.** Participación. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 11.** Privacidad. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 12.** Seguridad. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 13.** Reciben respuestas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)
- Gráfica 14.** Responsabilizarían del ofensor. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

Gráfica 15. Compensadas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

Gráfica 16. Restauradas. Elaboración propia en base a las encuestas realizadas (2020)

ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE LAS VÍCTIMAS VULNERABLES MENORES DE VIOLENCIA SEXUAL. LA PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL

Access to criminal system justice for vulnerable victims minors of sexual violence. Prohibition of criminal mediation

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Cádiz

anamaria.rodriguez@gm.uca.es

ORCID: 0000-0003-2723-511X

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 1. Introducción. Planteamiento del trabajo. 2. Perfil de la víctima de violencia sexual a través de las cifras con perspectiva de género. II. VULNERABILIDAD Y VIOLENCIA SEXUAL SOBRE MENORES. 1. Vulnerable y vulnerabilidad. 2. Víctimas vulnerables menores de violencia sexual en el contexto legal. III. ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE LA VÍCTIMA VULNERABLE MENOR DE VIOLENCIA SEXUAL. 1. Denuncia y dispensa de declarar como testigo en el acceso al sistema de justicia penal. 2. Medidas de protección procesal, en particular, la protección de la declaración de la víctima vulnerable menor de violencia sexual. IV. JUSTICIA RESTAURATIVA Y PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL CON VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. LA VÍCTIMA VULNERABLE MENOR. 1. Justicia restaurativa y mediación penal. 2. Procedimiento de mediación y consentimiento de la víctima vulnerable menor. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumen: En el presente trabajo, se aborda algunas cuestiones relativas a la puesta en contacto de la víctimas vulnerables menores de violencia sexual con el sistema de justicia penal por el hecho de ser víctimas con independencia de que quieran constituirse en acusación particular o no.

En concreto, el planteamiento de este trabajo se estructura en cuatro bloques con aspectos que repercuten o pueden repercutir en el acceso *lato sensu* a la justicia de menores víctimas vulnerables de violencia sexual. En primer lugar, se analizará la estadística oficial sobre delitos contra la libertad sexual que explica el perfil de la víctima y el perfil del agresor, clarificando los conceptos de violencia sexual y de delitos sexuales. En segundo lugar, se abordará someramente los concepto de vulnerable y de vulnerabilidad en relación con la víctima de violencia sexual. En tercer

lugar, se analizará las medidas de protección procesal en el acceso a la justicia de este colectivo de víctimas vulnerables en aras de minimizar su victimización secundaria, centrándonos en la presentación de la denuncia y la declaración de la víctima. Y, en cuarto lugar, se reflexionará sobre la pertinencia de la justicia restaurativa y la prohibición de la mediación penal con víctima menor vulnerable de violencia sexual. Nuestro ordenamiento jurídico viene reforzando la protección de la víctima desde hace años, culminando con la aprobación de la Ley del estatuto de la víctima del delito en 2015, que contiene medidas de protección procesal destinadas a las víctimas menores y, con particularidades, cuando hayan sido víctimas de delitos sexuales y de trata, ampliándose a las víctimas de delitos sexuales en 2022. Esta regulación se ha reforzado con la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia y con la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, con la consiguiente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que incorpora medidas de protección procesal en la fase de instrucción y en la de juicio oral.

Palabras clave: violencia sexual, vulnerable, vulnerabilidad, menor, mediación penal, justicia restaurativa, denuncia, declaración del menor.

Abstract: *This paper addresses some issues related to the contact of vulnerable minor victims of sexual violence with the criminal system justice, due to the fact that they are victims, regardless of whether they want to become a private prosecution or not.*

Basically, approach of this work is structured in four blocks with aspects that have an impact or may have an impact on the lato sensu access to justice for minors who are vulnerable victims of sexual crimes. In the first place, the official statistics on crimes against sexual freedom that explain the profile of the victim of sexual crimes and the profile of the aggressor will be analyzed; the distinction between sexual violence and sexual crimes will be analyzed. Secondly, the concept of vulnerable and vulnerability in relation to the victim of sexual crimes will be briefly addressed. Thirdly, the procedural protection measures in access to justice for this group of vulnerable victims will be analyzed in order to minimize their secondary victimization, focusing on the presentation of the complaint and the victim's statement. Finally, we will reflect on the relevance of restorative justice and the prohibition of criminal mediation with a vulnerable minor victim of a sexual crime.

Our legal system has been reinforcing the protection of victims long ago, culminating in the approval of Crime Victim Statute Law in 2015. It contains procedural protection measures for minor victims, specially, when they have been victims of crimes against sexual. Those has been reinforced with Organic Law for the comprehensive protection of children and adolescence and with Organic Law for the comprehensive guarantee of sexual freedom. Criminal Procedure Law has been modified incorporating procedural protection measures in criminal investigation and in oral trial.

Keywords: *sexual violence, vulnerable, vulnerability, minor, criminal mediation, restorative justice, complaint, testimony of minor.*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

Desde que iniciamos a trabajar en esta materia hace algún tiempo, hemos constatado en los medios de comunicación masiva que no es infrecuente encontrar titulares relativos a la comisión de delitos sexuales sobre menores o mujeres que, como ciudadanos, leemos o escuchamos con cierto estupor¹. Son diversas las noticias publicadas sobre la desarticulación de redes de pornografía infantil, la agresión sexual de una menor por un grupo de menores, la agresión sexual² de una mujer adulta por un grupo de adultos, la explotación sexual de menores a través de la prostitución, la agresión sexual de un menor por un adulto³ o la aparición de nuevos casos de pederastia en determinados entornos religiosos⁴, educativos o familiares⁵, entre

¹ Es interesante el análisis criminológico de los delitos sexuales contra menores en los medios de comunicación realizado por CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz (“La construcción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores y adolescentes: Un análisis crítico a partir de la «visibilidad» y el «grado de acuerdo social»”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, dir. M.^a J. Rodríguez Mesa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1.^a ed., 2019, pp. 145-149).

² Utilizando la modificada tipificación incorporada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, una vez desaparecido el tipo de los abusos. Sobre la aplicación de la ley más favorable tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal producida por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, es de interés la argumentación del Tribunal Supremo en el fundamento octavo de la STS —Sala de lo Penal— núm. 83/2023, de 9 de febrero (ROJ:STS 662/2023, ECLI:ES:TS:2023:662).

Se tramitó como proposición de ley la modificación de algunos preceptos del Título VIII del Libro II del Código Penal con respecto a la redacción conferida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, BOCCGG, XIV Legislatura, Serie B, núm. 318-1. Una vez aprobada por el Pleno del Congreso, se publicó como la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. En este texto, se modifica la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal para el conocimiento de los delitos sexuales en atención a la pena privativa de libertad o las de multa.

³ <https://elpais.com/espana/2023-03-20/el-acusado-del-asesinato-del-nino-de-lardero-le-tape-la-boca-y-ya-no-me-acuerdo-algo-paso.html> (Último acceso: 20/03/2023).

La nueva norma se centra en la formación a gran escala, en la sensibilización y en la prevención (arts. 7 y ss.). No obstante, se refuerza las medidas de protección procesales y extraprocesales.

⁴ *Vid., v.gr.*, <https://elpais.com/sociedad/2023-04-05/el-piso-de-los-abusos-del-cura-martin-vigil-en-madrid-el-lugar-donde-acudian-los-chicos-que-le-escribian-de-toda-espana.html> (Último acceso: 05/04/2023).

⁵ Se detecta el ámbito familiar y de confianza como un foco de comisión de delitos sexuales contra menores. En este sentido, *vid.* DEL REAL CASTRILLO, Cristina, “Infracciones, víctimas y características del abuso sexual contra menores en España”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, dir. M.^a J. Rodríguez Mesa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1.^a ed., 2019, pp. 165 y ss.

otras muchas noticias. Somos conscientes de que estas noticias o algunas de ellas pueden generar alarma social, pero ello no sirve como base científica para conocer la realidad social actual y ajustar el ordenamiento jurídico a dicha realidad.

Los avances técnicos y tecnológicos acerca a la investigación datos estadísticos cada vez más exhaustivos y accesibles sobre delincuencia sexual, por ejemplo, disponibles en las webs del Instituto Nacional de Estadística y del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio del Interior⁶. Los datos de este último nos permitirán acercarnos a la realidad social conocida a pesar de la cifra negra de delitos ocultos contra la libertad sexual u otros bienes jurídicos protegidos que se engloban como violencia sexual. Ello no significa que los datos del Instituto Nacional de Estadística y la estadística judicial⁷ no se hayan tenido en cuenta. A efectos de este trabajo y de los objetivos propuestos, ofrece información adecuada para obtener el perfil de víctima y el de agresor.

Según estos datos, los delitos contra la libertad sexual siguen en aumento. Si se atiende a los datos facilitados en el Informe del Cuarto Balance Trimestral de Criminalidad, los delitos contra la libertad sexual han subido el 28,4%⁸ entre las anualidades de 2019 y 2022. En dicho Informe se puntualiza que “dicho incremento debe ponerse, en parte, en relación con las

⁶ Por ejemplo, los informes sobre delitos contra la libertad sexual del Ministerio del Interior (https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034) (Último acceso: 14/10/2022).

⁷ Se han analizado, por ejemplo, en RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *Vulnerabilidad y proceso penal de menores por delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia (adaptación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)*, en su versión electrónica, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 35.

⁸ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance Trimestral de Criminalidad* (cuatro trimestre 2022), p. 3. “Este Balance de Criminalidad, correspondiente al cuarto trimestre del año 2022, recoge la evolución de la criminalidad en España registrada durante todo el año por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía Nacional y Guardia Civil), los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas (Ertzaintza, Mossos d’Esquadra y Policía Foral de Navarra) y también por aquellos Cuerpos de Policía Local que facilitan datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado” (<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:cc54f642-528f-4bf8-a4fd-b0fc8259f649/Balance%20de%20Criminalidad%20Cuarto%20Trimestre%202022.pdf>) (Último acceso: 21/03/2023).

“El número total de infracciones penales registradas en el período enero a diciembre de 2022 suma un total de 2.325.358 delitos, de los que 1.949.852 (83.9% del total) se corresponden con la categoría de criminalidad convencional (consideradas aquí todas las formas de criminalidad no cometidas en el espacio ciber, y que presenta una variación del -1.6% sobre 2019), en tanto que la cibercriminalidad (375.506 infracciones penales, el 16.1% del total), presenta un incremento del 72.0% sobre 2019” (*ibidem*, pp. 2 y 3).

activas políticas de concienciación y de reducción de la tolerancia social y personal frente a este tipo de hechos delictivos, lo que se traduce en una mayor disposición de las víctimas a denunciar los mismos⁹ y a poner sus casos en manos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (con una tasa de esclarecimiento en torno al 80,0%), reduciendo de esta forma los niveles de infradenuncia que han podido y pueden existir en relación con estos tipos penales”¹⁰.

A este respecto, DEL REAL CASTRILLO afirma que “las razones de las bajas tasas de denuncia pueden deberse a la reducida edad de las víctimas, a que estas no sean conscientes de que el comportamiento asociado al abuso no es algo aceptable, o a que tengan miedo a las consecuencias provocadas por el agresor en caso de que releven el abuso, entre otras”¹¹.

Los datos estadísticos tienen en cuenta los hechos delictivos que se conocen, por lo que adolece de medida con respecto a la cifra negra de violencia sexual. Precisamente y para aflorar los delitos cometidos, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹² incorpora medidas destinadas a favorecer la denuncia de menores víctimas de actos de violencia, lo que incluye la violencia sexual. La LOGILS se ha de alinear con dicha norma de 2021 como se puntualiza en su art. 3.3.

¿Qué puede hacer el Derecho Procesal con respecto a una víctima menor de violencia sexual? La premisa principal es que la *notitia criminis* llegue a conocimiento de las autoridades judiciales a través de cualesquiera de las vías de iniciación del proceso y que, desde el momento inicial, se adopte medidas procesales de protección a la víctima, además de las extraprocesales que procedan.

⁹ En este sentido, nos parece ilustrativa la reflexión de HERNÁNDEZ MOURA, Belén, “Consideraciones en clave de género sobre la valoración del testimonio en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2023, núm. 59, p. 4. Así, advierte que “cómo un incremento en las estadísticas no es necesariamente sinónimo de la intensificación de la violencia sexual: en la explicación de lo cuantitativo no deben obviarse factores sociales tales como la mayor concienciación o la desnormalización de conductas antes no asociadas a comportamientos penalmente reprochables” (*ibidem*). Hemos de añadir que contribuye la adopción de medidas que permitan ese afloramiento, puesto que, en relación con menores, estos han de ser conscientes de que son víctimas o han de ser capaces de comunicar los hechos. Piénsese en la prescripción de los delitos contra la libertad sexual y de los delitos de trata cuando la víctima sea un menor de dieciocho que se computará desde que cumplan los treinta y cinco años de edad.

¹⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance Trimestral de Criminalidad* (cuatro trimestre 2022), *op. cit.*, p. 3.

¹¹ DEL REAL CASTRILLO, Cristina, *op. cit.*, p. 167.

¹² En adelante, LOPINIA.

Conocido el conflicto penal y puesta en marcha la maquinaria jurisdiccional, aquel se ha de resolver a través del proceso penal: el *ius puniendi* es ejercido por los titulares de la potestad jurisdiccional a través del proceso siendo este indisponible para las partes al igual que las penas con algunos matices como ocurre con los delitos privados o cuando surte efecto el perdón del ofendido. MONTERO AROCA ha construido la doctrina de la garantía jurisdiccional como resultado de los tres monopolios en la aplicación del Derecho Penal: monopolio del Estado en la determinación y aplicación del Derecho Penal, monopolio de los tribunales en la aplicación del Derecho Penal y monopolio en la aplicación del Derecho Penal a través del proceso¹³.

La posibilidad de gestionar el conflicto social de violencia sexual de forma complementaria al proceso a través de la mediación penal, como técnica de justicia restaurativa y como manifestación del principio de oportunidad en el proceso penal, deviene prácticamente nula por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual¹⁴. Se prohíbe la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual (art. 3.1 LEVD), salvo que el responsable penal sea menor (art. 19 LORPM). No obstante, plantearemos algunas cuestiones y dudas relativas a la posibilidad de que la víctima menor pueda ser protagonista de su reparación moral más allá del proceso penal a la vista de que el proceso penal de menores lo permite en aras del interés superior del menor, pero que, a la postre, repercute en un bien jurídico personalísimo del menor.

En concreto, el planteamiento de este trabajo se estructura en cuatro bloques con aspectos que repercuten o pueden repercutir en el acceso *lato sensu* a la justicia por menores víctimas vulnerables de violencia sexual. En primer lugar, se analizará la estadística oficial sobre delitos contra la libertad sexual que explica el perfil de la víctima y el perfil del agresor, clarificando los conceptos de violencia sexual y de delitos sexuales. En segundo lugar, se abordará someramente los conceptos de vulnerable y de vulnerabilidad en relación con la víctima de violencia sexual. En tercer lugar, se analizará las medidas de protección procesal en el acceso a la justicia de este colectivo de víctimas vulnerables en aras de minimizar su victimización secundaria, centrándonos en la presentación de la denuncia y la declaración de la víc-

¹³ MONTERO AROCA, Juan, “Los conceptos esenciales”, en *Derecho Jurisdiccional* (con otros), Valencia, Tirant lo Blanch, t. III, 25.ª ed., 2017, pp. 28-33.

¹⁴ En adelante, LOGILS. La LOGILS modifica diversos preceptos de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD) y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), entre ellos, el art. 3.1 y el art. 19, respectivamente.

tima. Y, en cuarto lugar, se reflexionará sobre la pertinencia de la justicia restaurativa y la prohibición de la mediación penal con víctima menor vulnerable de violencia sexual.

Nos centramos en los menores, porque, como se analizará en el epígrafe siguiente, es víctima de delitos sexuales en algo más del 49% del total de los hechos delictivos registrados, y que es vulnerable por el hecho de ser menor.

A modo de inciso, hemos de puntualizar que los conceptos de violencia sexual y de delitos sexuales no son sinónimos. El primero de ellos se incorpora en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LOGILS) y para aludir a la violencia de carácter sexual, que es sufrida principalmente por mujeres, niñas y niños (art. 3 LOGILS)¹⁵ como violencia estructural, como una manifestación de la violencia de género contra las mujeres¹⁶. El segundo de ellos hace referencia a los delitos contra la libertad sexual del Título VIII del Libro II del Código Penal. La Fiscalía General del Estado entiende que, a partir de la reforma de septiembre de 2022, “el enfoque de género, íntimamente conectado con los principios constitucionales de dignidad e igualdad, constituye un principio rector del ordenamiento jurídico

¹⁵ El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en vigor en España desde el 1.º de agosto de 2014), define el ámbito de la violencia sexual en su art. 36, que, por su alcance, se refiere a algunos de los delitos tipificados como delitos sexuales en el Código Penal. En los arts. 37 y siguientes, exhorta a adoptar medidas legislativas para tipificar como delito los matrimonios forzoso, las mutilaciones genitales femeninas y el acoso sexual.

El Objetivo 5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 prevé como meta 5.2 “eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación”.

¹⁶ Como recuerda el Consejo de Estado en su informe n.º 393/2021, de 10 de junio, sobre el anteproyecto de ley orgánica para la garantía integral de la libertad sexual, «la violencia sexual, en particular, constituye una manifestación específica de la violencia de género, en la medida en que afecta de forma desproporcionada a las mujeres y, en algunos casos, puede venir causada precisamente por determinadas circunstancias propias del rol de estas en la sociedad. Ciertamente, son también con demasiada frecuencia víctimas de violencia sexual menores de ambos sexos, y tampoco cabe omitir la existencia de actos de violencia sexual cometidos contra hombres mayores de edad. A juicio del Consejo de Estado, la obligada protección de todas estas víctimas no obstaculiza el análisis y tratamiento específico, en atención a sus características propias, de las violencias sexuales dirigidas contra las mujeres, como colectivo más afectado por aquellas, partiendo de la metodología propia de la llamada perspectiva de género» (Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre).

de carácter normativo y, por ello, de obligado cumplimiento, que informa la interpretación y aplicación del derecho y la valoración de la prueba”¹⁷.

Siendo conscientes de esta diferencia, haremos alusión a la víctima menor de violencia sexual dado el refuerzo de las medidas de protección procesal de la víctima menor de este tipo de violencia, en la que se incluyen los delitos sexuales y otros delitos como, por ejemplo, la trata, la ciberextorsión sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina (art. 3.3 LOGILS). El matiz es importante. Responde a una cuestión holística en relación a las violencias sobre las mujeres y niñas por razón de género¹⁸, entre ellas, las violencias sexuales sin excluir a otras víctimas de delitos sexuales como menores de sexo masculino y adultos. En definitiva, nos referiremos a la víctima menor de violencia sexual con carácter general, si bien el ámbito delictual se ceñirá al de los delitos sexuales. Por ello, aludiremos al perfil de víctima de delitos sexuales en cuanto la configuración de los datos estadísticos nos aboque a ello o las medidas de protección procesal incorpore matices por el grupo de delitos de carácter sexual a que se refiera.

2. PERFIL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL A TRAVÉS DE LAS CIFRAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Las estadísticas oficialmente disponibles como las que ofrece el Ministerio del Interior y, en concreto, los informes anuales sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, nos permiten vislumbrar, tomando de referencia la serie 2015 a 2021, el perfil de víctima de delitos sexuales que es, principalmente, de sexo femenino¹⁹. Este perfil se completa en atención a la edad, ya que casi el 50% de las víctimas son menores de edad, niñas y niños. De estas víctimas menores de edad, el 82,71% son niñas, es decir, el 40,49% del total de víctimas de delitos sexuales, según los datos actualizados de 2021. Así, desde 2013, el porcentaje de menores víctimas de delitos sexuales no baja del 43%, oscilando desde 2015 entre el 46,2% y el 49,3%.

¹⁷ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

¹⁸ En relación con el anterior delito de abusos sexuales, DEL REAL CASTRILLO, Cristina, señala que el abuso sexual a menores niños está relacionado con preferencias pedofílicas y “el abuso a menores niñas se podría explicar mediante relaciones de edad y género” (*op. cit.*, p. 172).

¹⁹ A efectos de este trabajo, hemos utilizado los datos publicados por el Ministerio del Interior que distingue entre sexo femenino y masculino. No es objeto de este trabajo analizar los factores de identidad y orientación sexuales conforme a la nueva Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que, además, no están disponibles en las estadísticas analizadas.

En 2021, el porcentaje de víctimas registradas menores de edad fue del 49,0%, es decir, 8.317 víctimas menores de un total de 16.986 víctimas de delitos sexuales²⁰, siendo el 87% víctimas de sexo femenino²¹.

En definitiva, el perfil de la víctima registrada es de sexo femenino y por razón de género, representando el 86% de las víctimas registradas en 2021 con un total de 14.608 víctimas de sexo femenino, de las cuales 6.879 son niñas, es decir, las víctimas niñas representan el 40,49% del total de víctimas registradas de delitos contra la libertad sexual).

En lo que concierne al agresor, su perfil es de sexo masculino con el 97% de los agresores registrados en 2021, y adulto con el 91% de los agresores registrados en 2021.

El número de delitos contra la libertad sexual cometidos contra menores es similar en las dos horquillas de edad diferenciadas en que los informes anuales sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del Ministerio del Interior: de 0-13 años y de 14-17 años.

Estos datos utilizados parten de la estructura delictual anterior a la reforma del Código Penal²² por la LO 10/2022. Alude aún a los desaparecidos abusos sexuales, que habrán de reconducirse a las agresiones sexuales conforme a la indicada reforma. El tipo habitual cometido contra niñas era el de abuso sexual. Con respecto a adultas jóvenes, era el de agresión sexual, con y sin penetración.

Así, el grueso de delitos denunciados e investigados contra la libertad sexual (y, hasta la reciente reforma, la indemnidad sexual) se circunscribía a abusos y agresiones sexuales con y sin penetración, representando los abusos sexuales con y sin penetración más del 55% de los delitos sexuales registrados²³ en 2021 y las agresiones sexuales con y sin penetración, algo más del 26%. Es decir, el bloque representado por abusos y agresiones

²⁰ De ese 49%, el 22,4% son menores comprendidos entre 0 a 13 años y el 26,6% son menores de 14 a 17 años, inclusive.

²¹ Del total de delitos sexuales registrados en 2021, el 81,43% representa a abusos y agresiones sexuales (con y sin penetración), siendo una constante el aumento anual en los datos seriados entre 2015 y 2021, con la excepción del año 2020 en el que la criminalidad disminuyó, con carácter general, por la situación de pandemia COVID19 y de restricciones sanitarias adoptadas. *Vid., v.gr.*, RODRÍGUEZ MESA, María José, “La COVID19. Un campo de experimentación para el enfoque criminológico de la oportunidad delictiva”, en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, julio-diciembre 2021, pp. 15-21.

²² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de enero, del Código Penal (en adelante, Código Penal).

²³ Se hace referencia a «hechos conocidos registrados», en MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual 2021*, <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en->

sexuales con y sin penetración suponía el 81,43% de los delitos conocidos registrados contra la libertad (e indemnidad) sexual²⁴. Con la reforma, forman parte del mismo bloque delictual.

2021	Global de delitos sexuales	Abusos y agresiones sexuales	Pornografía infantil y corrupción de menores	Provocación sexual y ciberdelincuencia sexual
VÍCTIMAS REGISTRADAS ²⁵ · Sexo femenino · Sexo masculino · Desconocido · <i>Menor de edad</i>	16.986 14.608 (86,00%) 2.340 (13,78%) 38 (0,22%) 8.317 (49,0%) ²⁶	68,25%	2,6%-5,45%	1,8%-8,9%
VÍCTIMA MENOR · Sexo femenino · Sexo masculino	8.317 (48,96%) 6.879 (40,49%) 1.416 (8,34%)	81-90%	66%	64-68%

Tabla 1. Víctimas registradas (elaboración propia a partir del Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual 2021)

Cabe añadir que las victimizaciones femeninas tienen lugar, principalmente, en viviendas y anexos con el 48% con respecto al periodo 2015-2019, según el *Informe de Violencia sobre la Mujer 2015-2019*²⁷. La víctima

Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034.pdf. (Último acceso: 14/10/2022).

²⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual 2021*, https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034.pdf. (Último acceso: 14/10/2022).

²⁵ Como datos complementarios, el 79% de las víctimas son de nacionalidad española víctima. En el caso de la víctima menor, lo es el 87,4%.

²⁶ El 49% con respecto al global de víctimas.

²⁷ Si se atiende al *Informe de Violencia sobre la Mujer 2015-2019*, elaborado por el MINISTERIO DEL INTERIOR, según los datos que analiza, la violencia sexual contra mujeres y niñas es sufrida en el 39,4% por niñas, seguidas del 33,0% de adultas jóvenes (18-30 años) (<https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:34be8e1f-e3a5-42d3-a6e9-1a38e13e5598/Informe%20sobre%20violencia%20contra%20la%20mujer%202015-2019.pdf>) (Último acceso: 21/03/2023), pp. 51-62.

^T ambién sorprende el uso indebido de la tecnología más avanzada mediante inteligencia artificial para crear vídeos falsos hiperrealistas de pornografía, que bien pudiera ser hiperrealismo de pornografía infantil, circulando por las redes sociales, por ejemplo. Obviamente, se trae a colación con independencia de la tipificación de esos hechos (por ejemplo, delitos contra la intimidad, injurias o calumnias) y la protección procesal que corresponda. *Vid., v.gr.*, <https://elpais.com/>

de violencia sexual menor de sexo femenino lo es en el 80,91% en relaciones diferentes a las de violencia de género o doméstica, siendo en relaciones con conocido/vecindad, amistad, escolar, entre otras. En las relaciones de violencia de género representa el 2,63% del total.

2021	Global de delitos sexuales	Abusos y agresiones sexuales	Pornografía infantil y corrupción de menores	Acoso sexual y ciberdelincuencia sexual
AGRESORES REGISTRADOS	10.442	8.636 (82,70%)		
· Adultos	9.545 (91,40%)	7.866 (75,33%)	678 (6,49%)	338 (3,24%)
· Menores edad penal	872 (8,35%)	794 (7,60%)		
· Edad desconocida	25 (0,24%)	24 (0,23%)		
AGRESORES POR SEXO				
· Masculino	10.091 (97%)	98,0%-99,0%	97,0%-91,0%	0%-97%
· Femenino	351 (3%)	2,0%- 1,5%	3,0%- 9,0%	0%- 3%

Tabla 2. Agresores registrados (elaboración propia a partir del Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual 2021)

La estadística oficial analiza la victimización conforme a los parámetros de edad, género y nacionalidad, sin incluir otros parámetros de vulnerabilidad más allá del factor endógeno de la edad. Los menores de edad que no hayan alcanzado la plena madurez²⁸ por no haber cumplido la mayoría de edad son vulnerables y podrán concurrir en ellos factores de especialmente vulnerabilidad como la discapacidad necesitada de especial protección, la perspectiva de género o una corta edad (por ejemplo, ser menor de cuatro años). Además, ese proceso de desarrollo del menor implica que su conocimiento sobre su libertad sexual puede ser ínfimo o nulo e, incluso, no comprender su significado, por lo que la exteriorización de los hechos sufridos sea de difícil comunicación. Cuando más cerca de los dieciséis años o de los dieciocho años esté, según el tipo delictivo a aplicar, tendrá mayor conocimiento de sus derechos personalísimos²⁹ y aumenta la posibilidad de que

tecnología/2023-03-19/deepfakes-la-amenaza-con-millones-de-visualizaciones-que-se-ceba-con-las-mujeres-y-desafia-la-seguridad-y-la-democracia.html (Último acceso: 21/03/2023).

²⁸ Vid. sobre el menor maduro (que distingue del concepto de madurez), GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, "La regla del menor maduro. ¿Quién, cuándo y cómo se debe decidir sobre la madurez de un niño o joven?", en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, enero 2023, pp. 3 y ss.

²⁹ "Se entiende que los niños y jóvenes, igual que el resto de personas, son sujetos de derechos y debe reconocérseles sin diferencias por edad, sexo u otra condición, pues sería discriminatorio en relación con los adultos. En un nivel posterior, [...] se busca asegurar efectivamente esos

pueda expresarlo si no queda condicionado, por ejemplo, al abuso de una situación de superioridad de reconocida confianza (arts. 178.2, 180.1.5.º, 181.5.e), 189.2.g) CP).

A este respecto, RODRÍGUEZ MESA señala que “el *modus operandi* de los delincuentes sexuales de niños, especialmente cuando el delito se produce en el ámbito intrafamiliar, suele basarse en el miedo, la manipulación y/o en la relación de confianza existente con el menor. Este tipo de estrategias, junto con el vínculo que mantienen con el agresor y el temor a la reacción de su entorno, implica que un gran número de menores víctimas de abuso sexual por parte de un familiar no revelen su victimización”³⁰.

De hecho, en las competencias curriculares a adquirir en Primaria, reguladas en el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, se prevé competencias específicas de evaluación para el Tercer Ciclo de Primera y saberes básicos relativos a la educación afectivo-sexual, es decir, para niños de edades entre los 10 y 12 años. Así, dentro de la materia Conocimiento del Medio Natural, Social y Cultural³¹, dentro de la Cultura Científica como uno de los saberes básicos, tiene como contenido “La vida en nuestro planeta”,

derechos a través de otras garantías, teniendo en cuenta la edad y la situación concreta del sujeto. [...] El ejercicio de los derechos en las diferentes etapas de su evolución vital dependerá de múltiples factores concomitantes, bien, de carácter subjetivo, o bien, de carácter objetivo. Así en los primeros años la representación de sus intereses por sus tutores será más amplia dada la situación de dependencia física y psicológica, pero con el paso del tiempo esa representación deberá ir siendo sustituida progresivamente por una mayor autonomía del Niño, si se quiere ser consecuente con el sistema de derechos fundamentales constitucionalmente configurado [...]” (GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, *op. cit.*, p. 5).

Esta autora, en sus reflexiones, apunta que, “si se rastrea la evolución del sistema, la configuración de la minoridad no ha coincidido con la realizada en el ámbito civil, lo que ha permitido validar en el campo jurídico-penal un discurso ambiguo, en el que al mismo tiempo se niega la capacidad de obrar jurídicamente a los niños y jóvenes en el ejercicio de sus derechos, por falta de raciocinio y discernimiento —según lo postulado en el ámbito civil—, a la vez que se les castiga penalmente, presumiéndose la comprensión de sus actos [...], el sistema penal hace responsable total o parcialmente a los sujetos menores de edad por sus actos, sin atender a otros criterios diferentes a la propia ley penal” (*op. cit.*, p. 9).

³⁰ RODRÍGUEZ MESA, María José, *op. cit.*, p. 234.

³¹ La competencia 8 (Anexo II del mencionado Real Decreto) del Tercer Ciclo de la materia Conocimiento del medio Natural, Social y Cultural tiene el siguiente tenor:

“8.1 Analizar los procesos geográficos, históricos y culturales que han conformado la sociedad actual, valorando la diversidad etnocultural o afectivo-sexual y la cohesión social y mostrando empatía y respeto por otras culturas y la igualdad de género.

8.2 Promover actitudes de igualdad de género y conductas no sexistas, analizando y contrastando diferentes modelos en nuestra sociedad.”

También hay referencias a la educación afectivo-sexual en las materias de Educación Física y Educación en Valores Cívico y Éticos.

que incluye “los cambios físicos, emocionales y sociales que conllevan la pubertad y la adolescencia para aceptarlos de forma positiva tanto en uno mismo como en los demás. Educación afectivo-sexual” (Anexo II Real Decreto 157/2022).

Cuando se ignora ser titular del derecho a la libertad sexual o concurren factores como el señalado de abuso de superioridad, difícilmente puede aflorar la posible comisión de un delito contra la libertad sexual o cualquier otro que se incluya como violencia sexual.

Cuando hablamos de menores, aludimos a las personas que no han alcanzado los dieciocho años (de 0 a 17 años inclusive), es decir, la mayoría de edad. La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) proclama que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años (art. 12 CE), así como que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.3 CE). El término “niño” no se define en el texto constitucional, pero sí en los acuerdos suscritos por España en la materia³².

El ordenamiento jurídico español no es uniforme en el término para referirse a las personas de dieciocho años. Frente a la tendencia de utilizar el término de “menor” (por ejemplo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil delimita su ámbito de aplicación partiendo de la consideración de menor a aquellas personas que no hayan alcanzado los dieciocho años) se abre la de “niños, niñas y/o adolescentes” o “infancia y/o adolescencia” (por ejemplo, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual)³³. También cabe mencionar la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad

³² A efectos de la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN), “niño” es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1.º).

³³ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM) delimita su ámbito de aplicación partiendo de la consideración de menor a aquellas personas que no hayan alcanzado los dieciocho años. En concreto, el art. 1 LOPJM alude “a los menores de dieciocho años”, lo que se conecta con el art. 250 del Código Civil (en adelante, CC) que marca la mayoría de edad a los dieciocho años al disponer que “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”, incluyéndose para el cómputo de los años de la mayoría de edad “completo el día de nacimiento”. En los últimos años, el concepto de menor se viene utilizando según las categorías cronológicas que alberga como son las de “niños y niñas” y “adolescentes” o la referencia a los colectivos de infancia y adolescencia. Por ejemplo, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPINIA) diferencia como colectivos de menores de edad a la infancia y a la adolescencia (art. 2 LOPINIA).

sexual, en cuyo art. 1.2 LOGILS, al delimitar su objeto y finalidad, hace referencia a mujeres, niñas, niños y adolescentes como víctimas principales de todas las formas de violencia sexual. Por nuestra parte, utilizamos el término de menor con referencia a niñas, niños y adolescentes menores de dieciocho años, teniendo en cuenta que el perfil de la víctima menor de sexo femenino según se ha analizado y la edad del consentimiento sexual en relación con los delitos de agresiones sexuales.

II. VULNERABILIDAD Y VIOLENCIA SEXUAL SOBRE MENORES

1. VULNERABLE Y VULNERABILIDAD

Una definición general y transversal de vulnerable y de vulnerabilidad no es posible encontrarla en las normas procesales. Se articula como un concepto jurídico indeterminado³⁴ a concretar según el ámbito al que se aplique, en este caso, el ámbito jurídico-penal, y la concurrencia de determinadas circunstancias o factores endógenos o exógenos que sitúen a la víctima con alta probabilidad de padecer un perjuicio o daños identificables con el riesgo de que no tenga capacidad o medios para protegerse a sí misma³⁵.

Si se habla de la vulnerabilidad humana, desde la filosofía, se trata a los seres humanos como “seres frágiles”, como “seres relacionados con el mundo y con el resto de seres; pero, a la vez, somos vulnerables porque

³⁴ En este sentido, LA BARBERA, Mariacaterina, pone de manifiesto que, “a pesar de su cada vez más explícito uso (vulnerabilidad), el contenido de la vulnerabilidad como categoría jurídica es aún ambiguo. Si bien es posible que el éxito de esta noción radique precisamente en su vaguedad e indeterminación, la utilización en decisiones judiciales de categorías ambiguas conduce a menudo a fallos contradictorios y efectos perversos en su implementación” (“La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, p. 240 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.07>)).

³⁵ Sobre el concepto de vulnerabilidad —teniendo en cuenta que se centra en el ámbito de la salud pública y con las correspondientes prevenciones en su lectura—, *vid.* ZAROWSKY, Christina; HADDAD, Slim; NGUYEN, Vihn-Kim, “Ir más allá de los «grupos vulnerables»: contextos y dinámica de la vulnerabilidad”, en *IUHPE-Global Health Promotion 1757-9759*, vol. 20, Supp. 1, pp. 95-97. “Nuestra idea de vulnerabilidad incluye tanto aspectos estáticos y más fácilmente medibles, como dimensiones dinámicas, que se centran más en la forma en que las personas reaccionan a los percances (shocks) recurrentes y se ven afectadas por ellos a lo largo del tiempo. De acuerdo con una extensa literatura al respecto, entendemos la vulnerabilidad a la vez como una situación y como un proceso: una situación de fragilidad extrema de una población o de un grupo concreto y un proceso que es potencialmente reversible o evitable si se aplican las medidas adecuadas” (*ibidem*, p. 95). Cabe añadir a población o grupo concreto, personas individuales en el caso de víctimas de delitos sexuales.

podemos sufrir cualquier tipo de daño, físico, pero también psicológico”³⁶. Por ello, siguiendo a LAZO JARA, “todos los seres humanos sentimos la fragilidad de nuestra condición, lo que va a suponer una obligación del Estado y de la sociedad de construir las instituciones que permitan dotarnos de las herramientas necesarias para crear resiliencia antes las vicisitudes de la vida”³⁷. Esta vulnerabilidad es más acuciante cuando no existen mecanismos o recursos adecuados para superarla, lo que puede afectar más a unos grupos, colectivos o personas que a otros³⁸.

Las Reglas de Brasilia³⁹ aluden a personas individuales como a grupos de personas en condiciones de vulnerabilidad en su acceso a la justicia por razones endógenas, como la edad o discapacidad, o por razones exógenas. No habla de personas o grupos de personas vulnerables, sino de personas o grupos en condición de vulnerabilidad y de causas de vulnerabilidad en

³⁶ LAZO JARA, Andrés, *Autonomía, vulnerabilidad, dependencia y derechos humanos*, Madrid, 2020, p. 71. El ser humano por el hecho de serlo es vulnerable. La vulnerabilidad sería una condición propia del ser humano; “como un aspecto innegable e imprescindible, primigenio en la idea del ser humano” (*ibidem*, p. 72).

Sobre el concepto de personas vulnerables, *vid.*, *v.gr.*, URIBE ARZATE, Enrique; GONZÁLEZ CHÁVEZ, María de Lourdes, “La protección jurídica de las personas vulnerables”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte (México), núm. 27, 2007, p. 207. Estos autores distinguen causas y tipos de vulnerabilidad. Así, diferencian en vulnerabilidad humana o biológica, vulnerabilidad típica y vulnerabilidad atípica. Así, la vulnerabilidad humana o biológica “incluye a quienes tienen capacidades diferentes a causa de la edad, el sexo, las minusvalías físicas, sensoriales o intelectuales” (*ibidem*, p. 210).

“En el primer caso nos referimos a las personas con capacidades diferentes, a las mujeres, a los niños, a los ancianos, por mencionar algunos que por el simple hecho de “ser” tienen ciertas características que les son propias (factores endógenos), a partir de las cuales se les sitúa en desventaja y riesgo real de ser agraviados. [...] Pero también la causa generadora de la exposición social puede provenir de factores exógenos. En este caso, a la propia condición humana se suman otros elementos que orillan a las personas a vivir y sufrir un trato indigno. Como hemos mencionado, estos elementos son la condición socioeconómica y el contexto jurídico, denominadas aquí vulnerabilidad típica y vulnerabilidad atípica respectivamente” (*ibidem*, p. 209).

Diferencian, además, entre personas vulnerables y personas vulnerables vulneradas, es decir, “no es lo mismo estar sujeto a la vulnerabilidad por la sola razón de tener determinadas características que “ser” en realidad vulnerable. Al respecto, hablan de vulnerabilidad genérica y de vulnerabilidad específica (*ibidem*, pp. 213 y ss.).

³⁷ LAZO JARA, Andrés, *op. cit.*, p. 72.

³⁸ “La vulnerabilidad surge de nuestra condición ontológica de seres corpóreos, pero que son las respuestas que se dan a dicha condición las que determinan el grado de vulnerabilidad, de desventaja, que los individuos pueden sufrir” (LAZO JARA, Andrés, *op. cit.*, p. 73).

Sobre la vulnerabilidad como categorías estática y dinámica, *vid.* LA BARBERA, Mariacaterina, *op. cit.*, pp. 245-253.

³⁹ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial iberoamericana, celebrada en Brasilia durante los días 4 al 6 de marzo de 2008, actualizadas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Quito en abril de 2018.

relación causa-efecto⁴⁰. Son conceptos amplios y vinculados a la vulnerabilidad en el acceso a la justicia que han de interpretarse en el contexto legal, social y económico de nuestro Estado y dentro del marco del Derecho de la Unión Europea.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁴¹ de Naciones Unidas incluyen en el acceso a la justicia de los menores en su Objetivo 16 (“Paz, justicia e instituciones sólidas”).

Según la Real Academia de la Lengua, vulnerable significa, en una única acepción, “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”⁴². Para TRINIDAD NÚÑEZ, alguien correctamente protegido ya no será vulnerable⁴³. Y vulnerabilidad, también en una única acepción, se representa como “cualidad de vulnerable”⁴⁴, es decir, calidad, condición o naturaleza de vulnerable⁴⁵. En este sentido, resultaría redundante hablar de “condición de vulnerabilidad”, porque estaría refiriéndose a la naturaleza de vulnerable. Quizás y a fin de integrar ambos conceptos, podríamos aludir a personas o

⁴⁰ Regla 3: “Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Regla 4: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

⁴¹ “Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) son una llamada a la acción a todos los países para erradicar la pobreza y proteger el planeta así como garantizar la paz y la prosperidad” (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>) (Último acceso: 14/10/2022).

⁴² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, “Vulnerable”, en *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/vulnerable>, s.f. (Último acceso: 28/11/2022).

⁴³ TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar, “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4, p. 129. Este autora puntualiza que no ha de confundirse “debilidad” con “vulnerabilidad”.

⁴⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, “Vulnerabilidad”, en *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/vulnerabilidad?m=form>, s.f. (Último acceso: 28/11/2022).

⁴⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, “Cualidad”, en *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/vulnerabilidad?m=form>, s.f. (Último acceso: 28/11/2022), en la tercera de sus acepciones, significa “calidad, condición o naturaleza de algo o de alguien”.

colectivos en los que concurren concretos factores endógenos o exógenos de vulnerabilidad que los conviertan en vulnerables.

La víctima vulnerable será aquella que presenta mayor posibilidad de ser dañada moral o físicamente, de ser más frágil para ser sujeto pasivo de un delito y de sus consecuencias (victimización primaria), pero también puede ser vulnerable en su contacto con el sistema judicial (victimización secundaria) o en ambos. De ahí surge la necesidad de establecer medidas de protección reforzadas cuando concorra un factor de vulnerabilidad en la víctima que la convierta en vulnerable, situándola, por ejemplo, en una evidente situación de desequilibrio con el agresor o victimario, que se extienda a su contacto con el sistema de justicia penal, incluido el primer contacto con los funcionarios de policía o el Ministerio Fiscal, con el riesgo de sufrir victimización secundaria.

Por su parte, la Ley del estatuto de la víctima del delito justifica en su Preámbulo que, “no obstante la vocación unificadora del Estatuto y las remisiones a la normativa especial de ciertos colectivos de víctimas⁴⁶, que verían ampliada su asistencia y protección con el catálogo general de derechos de la víctima, ante la ausencia de una regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad, se pretende otorgarles una protección especial en este texto mediante la transposición” de la Directiva 2011/93/UE y de la Directiva 2011/36/UE contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

En el articulado de la Ley del estatuto de la víctima del delito, se hace referencia a “factores de especial vulnerabilidad”, a “víctimas menores de edad”, a “víctimas necesitadas de especial protección” como en los arts. 23.2.a.2.º y 24.1.3 LEVD. A la hora de determinar las medidas de protección adecuadas para la víctima, se tendrá en cuenta (“especialmente en consideración”) las características personales de la víctima y, en particular, se hace referencia a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapaci-

⁴⁶ Se refiere a las víctimas de delitos terroristas y a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, como su propio título indica, regula la red de ayudas de las que pueden ser beneficiarias, así como de la información básica sobre sus derechos a recibir desde su acceso a la justicia en relación con la desarrollada más ampliamente en el estatuto de la víctima del delito. La Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la protección, reconocimiento y memoria de las víctimas del terrorismo, cuyo objeto es el “reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista” (art. 1.º).

dad necesitadas de especial protección o en quienes concurren factores de especial vulnerabilidad (arts. 23.2.a.2.º y 26 LEVD). También otorga especial protección al colectivo de víctimas de delitos contra la libertad sexual (art. 23.3 LEVD), en el que se incluye, por ende, a las víctimas menores. Ciertamente, esta norma legal incluye también otros colectivos o grupos vulnerables⁴⁷ como por razón del delito, por razón de discapacidad o por razón de dependencia víctima/agresor. Efectúa una clara alusión al colectivo de menores de edad por el hecho de concurrir dicho factor de la minoría de edad, aparte de que puedan sumarse a ese factor otras circunstancias adicionales⁴⁸ como la concurrencia de una discapacidad necesitada de especial protección⁴⁹.

La víctima vulnerable no es sólo una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, también otros colectivos o grupos de personas pueden ser víctimas vulnerables cuando concurren, en ellas, determinadas circunstancias o factores de vulnerabilidad con respecto al delito sufrido o en su acceso al sistema de justicia penal.

Aplicado a la víctima de violencia sexual, se podría afirmar que la norma penal determina las circunstancias que convierte a una víctima en vulnerable o especialmente vulnerable como son, por ejemplo, la edad o la discapacidad para sancionar más gravemente las conductas tipificadas como delitos contra la libertad sexual como, por ejemplo, agresiones sexuales contra menores de dieciséis años u otros delitos englobados bajo el concepto de violencia sexual. Hay delitos sexuales como los de pornografía infantil o corrupción de menores cuyo sujeto pasivo sólo podrá ser una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección. Y en cuanto víctima que ha sufrido el delito, el ordenamiento jurídico tiene en cuenta determinadas circunstancias que colocan a la víctima de estos delitos, ya de por sí en un plano de desequilibrio con el agresor, en situación de vulnerabilidad, convirtiéndola en vulnerable o en especialmente vulnerable, dependiendo de las circunstancias personales, físicas y psicosociales que concurren por el hecho en sí de sufrir dicha violencia y, además, en su contacto con el sistema de justicia penal.

⁴⁷ Colectivos de víctimas de terrorismo, de violencia de género y de violencia sexual, entre otros.

⁴⁸ Otro ejemplo de la especial atención a los menores de edad, es la aprobación por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que prevé un estatuto específico de protección a los menores frente a la violencia.

⁴⁹ *Vid., v.gr.*, STS —Sala de lo Penal— núm. 99/2023, de 15 de febrero de 2023 (ROJ: STS 546/2023-ECLI:ES:TS:2023:546) sobre delitos de abuso sexual, corrupción de menores y exhibicionismo sobre una menor con discapacidad del 35%.

Al respecto, sobre las víctimas de estos delitos, en el contexto internacional y europeo, se tiende a reforzar la protección de las víctimas menores y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección según los convenios europeos suscritos por el Estado español y el Derecho de la Unión Europea en materia de abusos sexuales, explotación sexual y pornografía contra menores, entre otros.

Dada la amplitud de personas, grupos y colectivos que puedan revestir el carácter de vulnerables como víctimas a efectos penales y procesales, nos centraremos en las víctimas menores de edad al ser un colectivo fácil de determinar al ser vulnerable por el hecho de ser menor de edad.

Cabe afirmar que la víctima menor de edad de violencia sexual es una víctima vulnerable⁵⁰ por razón de la edad como factor endógeno, con independencia de que puedan concurrir otras circunstancias o factores de vulnerabilidad que la hagan especialmente vulnerable en caso de concurrir circunstancias tales como discapacidad y nivel de madurez, edad reducida o por género (art. 23.3 LEVD). La víctima menor es vulnerable por el hecho de ser menor de edad. Nos referiremos a la víctima vulnerable menor aunque pueda resultar redundante.

Somos conscientes de que el legislador proporciona un tratamiento similar, en relación con algunos delitos sexuales y en la determinación de ciertas medidas de protección, a menores de edad y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁵¹ como colectivos vulnerables o, en su caso, especialmente vulnerables. No obstante, las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como víctimas requiere de un análisis específico que excede el objetivo de este trabajo, sin que, lamentablemente, los datos estadísticos disponibles nos permita conocer la victimización de este colectivo en caso de violencia sexual.

⁵⁰ Cabe reseñar, a modo de ejemplo, sobre la dotación de contenido al concepto de vulnerabilidad o de grupo/colectivo vulnerable según el contexto jurídico, la Ley 12/2009, de 30 de septiembre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En concreto, su Título V se intitula “De los menores y de otras personas vulnerables”. Así, en el art. 46 enumera a las personas (grupos o colectivos por la agrupación que efectúa) en situación de vulnerabilidad, entre las que incluye, a los menores y a los menores no acompañados (además, enumera las personas con discapacidad, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas de violencia psicológica o física o sexual y víctima de trata de seres humanos). Los artículos 47 y 48 del Título V (integrado por tres artículos) regulan la protección internacional con respecto a menores y a menores no acompañados.

⁵¹ Se ha de determinar en el caso concreto quién sea persona con discapacidad necesitada de especial protección. Por ejemplo y afectos del Código Penal, el art. 25 CP define qué se entienda por discapacidad y por persona con discapacidad necesitada de especial protección.

2. VÍCTIMAS VULNERABLES MENORES DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONTEXTO LEGAL

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual ha incorporado modificaciones sustanciales a la anterior regulación del Código Penal para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que, a su vez, se ha modificado por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

Se elimina la referencia a indemnidad para referirse únicamente al bien jurídico de la libertad sexual, en el que se engloba la indemnidad sexual. Ciertamente, parte de la doctrina penal había venido identificando la indemnidad sexual como el bien protegido en caso de menores de edad⁵² (o en el caso de menores de edad de dieciséis años de agresiones sexuales con los matices del consentimiento sexual del art. 183 bis CP y del *child grooming* del art. 183 CP)⁵³, mientras que otra parte de la doctrina venía entendiendo que la indemnidad sexual forma parte del derecho a la libertad sexual.

Ahora bien, el art. 3.4 LOGILS dispone que “habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas”. No se entiende bien esta redacción con respecto a la determinación de bienes jurídicos protegidos de los menores. Sorprende la referencia a “personas con capacidad jurídica modificada”, que no se ajusta a la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Así, los arts. 756 y ss. regulan el proceso civil especial de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

Como ya se ha puntualizado, los conceptos de violencia sexual y de delitos sexuales no son sinónimos.

TERRADILLOS BASOCO entiende que, con respecto a la regulación anterior a la reforma de 2022, “libertad e indemnidad sexuales son bienes jurí-

⁵² RAMÓN RIBAS, Eduardo, en relación con los delitos de carácter sexual a los que se refiere en 2013, concurre “un doble contenido de injusto: se produce un contacto sexual no consentido y se pone en grave peligro la formación y desarrollo de su personalidad”. Este autor diferencia entre libertad sexual e indemnidad sexual (*Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 22).

⁵³ Vid. RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *op. cit.*, 2021, pp. 46 a 50.

dicos de titularidad individual”, trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los ha calificado de bienes jurídicos personalísimos⁵⁴.

El legislador, en el Parágrafo I del Preámbulo de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, explica que “se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual”, la explotación de la prostitución ajena y el resto de delitos sexuales contemplados en el Código Penal. Además, esta norma orgánica “pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual”.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual acuña el concepto de violencia sexual⁵⁵ en cuyo ámbito de

⁵⁴ Este autor añade: “Tanto la rúbrica del Título como el análisis de las concretas tipologías, llevan a la doctrina y jurisprudencia a identificar un bien jurídico individual que, en el caso de los menores, no puede ser otro que la indemnidad en materia sexual, con la consecuencia de apreciar concurso infraccional (real) cuando se afecta a una pluralidad de víctimas” (TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Pederastia y pornografía”, en M.^a J. Rodríguez Mesa (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 370. Se refiere, con carácter general, al Título VIII del Libro II antes de la indicada reforma de dicho Título por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Sobre víctima menor y delitos sexuales, *vid.* RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *op. cit.*, 2021, pp. 46 y ss. *Vid.* también HIDALGO CEREZO, Alberto, “Nuevas tendencias en la lucha frente al abuso sexual de menores en internet. La Ley orgánica 8/2021 y reglamento 2021/1232”, en *Protección integral de menores frente a la Violencia*, coord. M.^a B. Fernández González, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 269-308.

⁵⁵ La norma orgánica de 2022 entrecruza violencia sexual y violencia de género a la hora de establecer la garantía integral de la libertad sexual, no quedando claro el ámbito de aplicación del art. 3. Quizás, deba tenerse en cuenta el Considerando 17 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que entiende la violencia por motivos de género, “como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor». Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia”.

Vid. el art. 12.3 LOGILS en el que se proyecta reconocer a las empresas que adecuen sus estructuras y normas de funcionamiento a lo previsto en la LOGILS con el distintivo de “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”. Las medidas a que se refiere, en concreto, el art. 12 LOGILS para las empresas son para promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo. El art. 1.º de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral con la Violencia de Género fija el objeto de dicha ley que el de “actuar contra la violencia que, como manifiesta-

aplicación se incluye “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital” (art. 3.1.I).

La violencia sexual no incorpora sólo las agresiones sexuales, sino cualquier delito contra la libertad sexual del Título VIII del Libro del Código Penal, es decir, los tipificados como delitos contra la libertad sexual a los que nos referimos como delitos sexuales (arts. 178 a 194 bis), y, además, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado y la trata con fines de explotación sexual (art. 3.1.II LOGILS). Esta norma contempla que “se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos” (art. 3.1.II LOGILS). Al no ser objeto de este trabajo ni pertenecer esta investigación a la disciplina penal, no se entra a valorar la definición que, de violencia sexual, efectúa la nueva norma.

En el ámbito de la Unión Europea, se ha mostrado sensibilidad tanto en materia de justicia restaurativa como en la protección de la víctima de los delitos sexuales. Al respecto, ha emanado directivas con normas mínimas de armonización a desarrollar por los Estados miembros para el despliegue de sistemas de justicia restaurativa como la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa al establecimiento de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, así como para la implementación de un sistema normativo penal y procesal de protección de la víctima vulnerable de delitos sexuales, en particular, menores con la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁵⁶.

ción de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

A efectos de las ayudas económicas a las víctimas de violencias sexuales, las víctimas acreditadas de violencia sexual tendrán la consideración jurídica de víctimas de violencia de género a los efectos del art. 2.2.c) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (art. 34.5 LOGILS).

⁵⁶ El Considerando 31 de la Directiva 2011/93/UE encomienda a los Estados miembros el deber de considerar “la posibilidad de ofrecer una asistencia a corto y largo plazo a la víctimas que sean menores. [...] Debido a la naturaleza de los daños causados por el abuso sexual y la explotación sexual, la asistencia debe continuar durante todo el tiempo necesario hasta la recuperación física y psicológica del menor y, en su caso, puede durar hasta la edad adulta. Debe considerarse la

Entre las principales normas aplicables que sirven de marco normativo a esta materia con menores como víctimas vulnerables, aparte de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 y el Código Penal, cabe referirse a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Se completa con el Derecho de la Unión Europea (con transposición de las directivas indicadas⁵⁷) y los convenios y tratados europeos e internacionales suscritos por el Estado español⁵⁸ en la materia. Se proporciona, así, una protección adicional a las víctimas vulnerables menores, debiendo protegerse el interés superior del menor.

III. ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE LA VÍCTIMA VULNERABLE MENOR DE VIOLENCIA SEXUAL

1. DENUNCIA Y DISPENSA DE DECLARAR COMO TESTIGO EN EL ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Con independencia de que la víctima presente denuncia, que quiera o no constituirse en acusación particular, se le han de brindar y aplicar el conjunto de medidas que, como víctima, se prevé en nuestro ordenamiento jurídico en su acceso al sistema de justicia penal⁵⁹. Estas medidas se han reforzado, desde la aprobación la Ley del estatuto de la víctima del delito en 2015, con las reformas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021 y la Ley Orgánica 6/2022. Se ha revisado la regulación de la denuncia y de los

posibilidad de ofrecer también asistencia y formación a los padres o tutores del menor víctima, siempre que no sean sospechosos de haber cometido la infracción, para ayudarles a apoyar al menor durante todo el procedimiento”.

⁵⁷ Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, o la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, relativa al establecimiento de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos. Esta última establece las bases para el desarrollo de los sistemas de justicia restaurativa por los Estados miembros.

⁵⁸ El Consejo de Europa ha generado dos instrumentos internacionales, suscritos por el Estado español, en esta materia: Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Lanzarote, 25 de octubre de 2010, y Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, Budapest, 23 de noviembre de 2001.

⁵⁹ *Vid., v.gr.*, DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Víctimas del delito y acción penal”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, dir. M. De Hoyos Sancho, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 79-97.

denunciantes potenciales, se ha modulado la dispensa de declaración de la víctima del art. 416 LECrim. y se ha reformado la preconstitución de la declaración de la víctima vulnerable menor de catorce años (o persona con discapacidad necesitada de especial protección) en el art. 449 ter LECrim. para determinados delitos, entre otras.

Si hablamos de denuncia, se constata que algunos delitos sexuales del Título VIII del Libro II del Código Penal, en concreto, las agresiones sexuales y el acoso sexual⁶⁰, contienen limitaciones de procedibilidad, lo que determina su consideración de delitos semipúblicos⁶¹, condicionados a la previa denuncia⁶² de la víctima o, según proceda, de la querrela o de la denuncia del Ministerio Fiscal. GIMENO SENDRA entiende que, en los delitos semipúblicos, “la tutela de la víctima es más relativa”, distinguiendo, según la existencia de interés público o privado o ninguno de ambos, entre delitos semipúblicos con interés público, delitos semipúblicos “puros” y delitos semipúblicos con interés privado. Clasifica los delitos de agresiones y acoso sexuales en el primer grupo, es decir, como delitos semipúblicos con interés público. Ello conllevaría que no sólo el ofendido pueda presentar previa denuncia para la persecución del delito, sino también el Ministerio Fiscal “cuando éste estime la prevalencia del «interés público»”⁶³.

⁶⁰ Vid., CALVO SÁNCHEZ, M.^a Carmen; BUJOSA VADELL, Lorenzo, “Aspectos jurídico-procesales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa”, en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo (Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrradi)*, coord. J. Martín Ostos, Barcelona, Editorial Atelier, 2013, p. 162.

⁶¹ Es interesante la clasificación de GIMENO SENDRA, Vicente, sobre los dos tipos de acciones penales privadas: exclusivas y relativas. En cuanto a las segundas, que son las que nos interesan en relación con el art. 191.1 CP, “que pueden surgir ante la comisión de un delitos semipúblicos, en el que, si bien el ofendido es dueño del ejercicio de la acción penal, la cual puede ejercitarla no sólo en forma de querrela, sino también de denuncia, ya no lo es absolutamente de la pretensión penal, a la que está llamado a sostener en cualquier caso el Ministerio Fiscal, sin que pueda el acusador particular, como regla general, ocasionar su finalización anormal mediante el instituto de la remisión o del perdón del ofendido” (alguna excepción que no afecta al tema de este trabajo al prohibirse el perdón del ofendido en el art. 191.2 CP) (en el original algunas palabras están en negrita, que se han omitido) (*Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 164).

⁶² Sobre el alcance de la presentación de la denuncia como medio de iniciación del proceso penal, GIMENO SENDRA, Vicente, entiende que “el ejercicio de la denuncia, ni conlleva la obligación de inadmitirla mediante resolución motivada, ni el juez está obligado a notificar esta resolución al denunciante, por lo que, si el particular desea que el juez sea escrupuloso con el cumplimiento del derecho a la tutela debe ejercitar la acción en forma de querrela” (siempre que se pretenda la incoación de un proceso penal) (*op. cit.*, 2015, pp. 159-160).

⁶³ “Principio de oportunidad y mediación penal”, en *La Administración de Justicia en España y en América*, dirs. P. Martín Ríos y M.^a A. Pérez Marín, Écija, Astigi Editorial, 2021, p. 765.

Será suficiente la denuncia del Ministerio Fiscal en el caso de menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y “desvalidas”. Así, el art. 191 CP dispone que “será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal”, quien ponderará “los legítimos intereses en presencia” cuando se trate de delitos de agresiones sexuales y acoso sexual. Si la víctima es menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, será suficiente la denuncia del Ministerio Fiscal. En los mismos términos, se prevé en el art. 105.2 LECrim. En el resto de delitos, la consideración será de públicos sin que se requiera previa denuncia de la víctima⁶⁴, lo que supondrá que el proceso penal se iniciará de acuerdo con las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la denuncia (arts. 259 y ss.), para la querrela (arts. 270 y ss.) y, excepcionalmente, para la incoación de oficio (art. 308 LECrim.)⁶⁵.

El legislador ha desaprovechado la oportunidad de homogenizar la nomenclatura del art. 191 CP y acomodarla al concepto de víctima del art. 2 de la Ley del estatuto de la víctima del delito. En esta línea, el art. 105.2 LECrim., modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mantiene la referencia a la persona agraviada.

Se sigue manteniendo los delitos de agresiones sexuales y de acoso sexual dentro de la esfera íntima, salvo que el Ministerio Fiscal pondere los intereses en juego y presente querrela o denuncia según la víctima sea mayor de edad, menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o se trate de una persona “desvalida” como manifestación del interés público. En cuanto a esta última, se habrá de interpretar en el marco de la regulación de la evaluación de las personas vulnerables o especialmente vulnerables de los arts. 23 y siguientes de la Ley del estatuto de la víctima del delito. Podrían encontrarse en dicha categoría mujeres víctimas de violencia de género que hayan sufrido violencia sexual por su pareja o expareja, víctimas de violencia sexual en situación de exclusión socioeconómica, víctimas ancianas⁶⁶ o víctimas migrantes en situación no regularizada, por ejemplo.

⁶⁴ En relación a la adaptación de nuestro sistema procesal penal a la previsión del art. 15.1 Directiva 2011/93/UE, *vid.* RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *op. cit.*, 2021, pp. 153-154.

⁶⁵ *Vid.*, *v.gr.*, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal* (con otro), Valencia, Tirant lo Blanch, 10.^a ed., 2021, pp. 205 y ss.

⁶⁶ *Vid.* noticia en prensa escrita digital: https://www.lespanol.com/madrid/20230202/empleado-residencia-juzgado-abusos-mujer-pellizco-pezones/738426432_0.html o <https://www.lavanguardia.com/vida/20230314/8823260/dos-anos-carcel-empleado-residencia-abuso-anciana.html> (Último acceso: 03/04/2023).

Se cumple en parte la previsión del art. 15.1 de la Directiva 2011/93/UE en el que se insta a los Estados miembros a que adopten “las medidas necesarias para garantizar que la investigación y el enjuiciamiento” de delitos de agresiones sexuales⁶⁷, explotación sexual y pornografía infantil no dependan de la declaración o de la denuncia de la víctima, o de su representante, “y que el proceso penal pueda seguir su curso aunque aquella retire su declaración”. La segunda parte se cumple en nuestro sistema procesal penal para delitos públicos y semipúblicos. En cuanto a la primera parte, el cumplimiento es parcial al configurar como delitos semipúblicos las agresiones sexuales y el acoso sexual, si bien el Ministerio Fiscal interpretará la concurrencia de aquel interés público.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia fortalece la presentación de denuncias por actos violentos contra menores, entre los que se incluye la violencia sexual contra menores. En este sentido, se reforma el art. 261 LECrim. que incorpora una excepción a la dispensa de la obligación de denunciar por razón del parentesco para favorecer que la *notitia criminis* salga del entorno familiar cuando la violencia sexual se produzca contra una víctima menor de edad en este escenario y el agresor pertenezca a dicho círculo.

Así, frente a la dispensa general de no estar obligados a denunciar de quienes sean cónyuge o conviviente en análoga relación de afectividad, ascendientes y descendientes del agresor y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive del art. 261 LECrim.⁶⁸, su párrafo tercero excluye la aplicación de aquella dispensa cuando se trate de un delito contra la libertad sexual o un delito de trata contra un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. En el caso de violencia sexual cometida en el entorno familiar sobre menores, en especial, cuanto menor edad tenga, es esencial la denuncia proveniente de los demás familiares.

Esta cuestión enlaza con la modificación del inicio del cómputo del plazo de prescripción de los delitos contra la libertad sexual y de trata de seres humanos cuando la víctima fuera un menor de dieciocho años, que tendrá lugar cuando la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad y, en caso de que falleciera antes de esta edad, a partir de la fecha del fallecimiento

⁶⁷ Referencia actualizada a nuestro Código Penal, puesto que la Directiva hace alusión a los abusos sexuales.

⁶⁸ A modo de ejemplo, podemos citar alguna sentencia del Tribunal Supremo en el que la agresor sexual sobre menor de doce años ha sido cometida por el padre y la denuncia interpuesta por la madre: STS —Sala de lo Penal— núm. 83/2023, de 9 de febrero de 2023, antecedentes de hecho, ROJ: STS 662/2023 – ECLI:ES:TS:2023:662.

(art. 132.1 CP)⁶⁹. Precisamente, esta modificación en el inicio del cómputo es muy positiva para aflorar las violencias sexuales de víctimas cuando eran menores permitiendo acceder, en un momento vital posterior más favorable emocionalmente, al sistema de justicia penal y a la adopción de las medidas de protección procesales para reducir una posible victimización secundaria. Se facilita que sea la propia víctima la que denuncie si la edad o el contexto psicológico y familiar/educativo/cercano no ha sido favorable para poner en conocimiento dichos hechos durante su minoría de edad.

Lo cierto es que no se prevé consecuencia alguna por la falta de denuncia —en caso de que hubiera tenido conocimiento de su comisión— en la norma procesal. No obstante, en el marco de los delitos de prostitución infantil y corrupción de menores, el Código Penal atribuye responsabilidad penal, y con anterioridad a la modificación del art. 261 LECrim. en 2021, al que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción de menores, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 189.6 CP). Se prevé la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses⁷⁰. También cabría pensar en la complicidad de los ascendientes u otros representantes legales del menor con el rango de parentesco del art. 261 LECrim. que, conociendo los hechos y con la falta de denuncia, “toleren” o “consientan” la continuidad de la actividad delictiva sobre dicho menor.

En coherencia con el art. 261 LECrim., la Ley Orgánica 8/2021 modificó el art. 416.1.4.º LECrim., quedando excluidos de la dispensa de no declarar

⁶⁹ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, justifica que “es frecuente que los menores víctimas de abuso sexual, especialmente cuando acontecen en los entornos más cercanos y de confianza, como el contexto familiar o escolar, puedan sobrevivir a la experiencia traumática olvidando, aunque sea aparentemente, los hechos constitutivos de abuso, de los que se toma conciencia durante la adultez, transcurridos muchos años desde la adquisición de la mayoría de edad” (*op. cit.*, pp. 159-160). Esta previsión se contiene en el art. 15.2 de la Directiva 2011/93/UE con respecto a los delitos de pornografía infantil, agresiones sexuales y explotación sexual de menores para que los Estados adopten medidas que permitan enjuiciar dichas conductas “durante un periodo de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida”.

⁷⁰ Por su parte, se dispone que el Ministerio Fiscal promueva las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de estas conductas con respecto a un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 189.7 CP).

contra el agresor por razón del parentesco la propia víctima y otros parientes del agresor en líneas ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por una relación de hecho análoga, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado en aras de proteger a la víctima menor o con discapacidad necesitada de especial protección. En este sentido quedan redactados los tres primeros casos a la exclusión de la indicada dispensa⁷¹.

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya venía aplicando la tercera de ellas, es decir, “cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver” (art. 416.1.3.º LECrim.).

Los otros dos casos son “cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección” y “cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 416.1.1.º y 2.º LECrim.).

Las víctimas vulnerables menores de violencia, por lo que incluye a los de violencia sexual⁷², podrán comunicarlo, personalmente, o a través de sus representantes legales —si no hubiera intereses contrapuestos o fueren responsables de los hechos—, además de a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁷³, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial y a los servicios sociales.

Resulta relevante el desempeño que los trabajadores sociales pueden desarrollar en vislumbrar situaciones de violencia sexual contra menores en

⁷¹ *Vid., v.gr.*, STS —Sala de lo Penal—, núm. 122/2023, de 23 de febrero de 2023, fj 1, ROJ: STS 652/2023 – ECLI:ES:TS:2023:652.

⁷² “En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos Privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar” (art. 1.2 LOPINIA). Sería deseable concordancia entre la conceptualización de violencia sexual entre la Ley Orgánica 8/2021 (LOPINIA) y la Ley Orgánica 10/2022 (LOGILS).

⁷³ El art. 49.1 LOPINIA prevé la existencia de unidades especializadas en la investigación y prevención, detección y actuación de situaciones de violencia sobre la infancia y la adolescencias y preparadas para una correcta y adecuada intervención ante tales casos. El art. 50 LOPINIA establece los criterios de actuación.

determinados entornos familiares (art. 17.1 LOPINIA)⁷⁴. En caso de que las detecten y si no presenta denuncia directamente la víctima o su representante legal, deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal para que este presente denuncia en caso de agresiones sexuales y acoso sexual conforme a lo analizado con respecto al art. 191.1 CP. Cabe pensar que también lo podrán hacer ante la policía y esta dé traslado al Ministerio Fiscal.

Las víctimas menores de violencia sexual podrán formular denuncia por sí mismas ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin necesidad de estar acompañadas de una persona adulta (art. 50.2.e) LOPINIA), lo que se les habrá de permitir cuando así lo soliciten.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN PROCESAL, EN PARTICULAR, LA PROTECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA VULNERABLE MENOR DE VIOLENCIA SEXUAL

A efectos de proporcionar protección a las víctimas de determinados delitos de violencia sexual, se prevé la evaluación individual⁷⁵ de la víctimas para determinar dichas medidas de protección⁷⁶. Se valorará las características y circunstancias personales de la víctima previstas en el art. 23.1.a) LEVD, que atenderá a si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad, o si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito. Las víctimas de violencia sexual podrán encajar en dichas características y circunstancias personales descritas.

También la valoración prestará atención a la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como al riesgo de reiteración del delito. A tales efectos, se valorará especialmente las necesidades

⁷⁴ Los arts. 41 y ss. LOPINIA regulan las actuaciones de los servicios sociales, los equipos de intervención, el plan de actuación y el seguimiento y registro de los casos de violencia sobre las personas menores de edad.

⁷⁵ Se implementa en los arts. 30 y siguientes del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (en adelante, RD 1109/2015).

Sobre evaluación individual de las víctimas menores, *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 25 y 26.

⁷⁶ SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección de las víctimas”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, dir. M. De Hoyos Sancho, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 135-170. En particular, es interesante el análisis que efectúa de las medidas de protección específicas, pp. 157-158.

de protección de las víctimas de delitos contra la libertad sexual (art. 23.2.b) 4.º LEVD) y de trata de seres humanos (art. 23.2.b) 5.º LEVD). También se atenderá a las circunstancias del delito, en particular, si se trata de delitos violentos.

Las medidas de protección procesal adoptadas sobre víctimas menores de edad habrán de tener en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez. La adopción de dichas medidas respetará su integridad física, mental y moral (art. 23.3 LEVD).

Como previsión particular en la determinación de las medidas de protección con la valoración individual de la víctima, se dispone que a las víctimas de algún delito contra la libertad sexual se les aplicará “en todo caso” las medidas del art. 25.1 LEVD, que se acordarán en la fase de instrucción:

- a) El recibimiento de declaración en dependencias especialmente concebidas y adaptadas.
- b) La declaración realizada por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctimas, así como en perspectiva de género, o con su ayuda⁷⁷.
- c) La toma de declaración a una misma víctima efectuada por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse declaración directamente por un juez o un fiscal.

⁷⁷ Los arts. 43 y ss. LOGILS regulan la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a través de las unidades especializadas de violencia de género, que se extenderán a las violencias sexuales, desarrollando protocolos de intervención y asistencia a víctimas en colaboración con los centros especializados en materia de igualdad y contra la violencia sexual y de género (art. 43.1 LOGILS). Se reconoce a las víctimas de violencias sexuales el derecho a ser atendidas por personal expresamente formado en materia de género y violencias sexuales, que brindará una respuesta con el mayor grado de sensibilidad, calidad, celeridad y eficacia posible, evitando actuaciones que representen un incremento de la victimización y la duplicación o repetición de las intervenciones (art. 43.3 LOGILS).

Para garantizar la protección efectiva de las víctimas en riesgo, el art. 45.1 LOGILS prevé que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las policías autonómicas y locales competentes desplegarán medidas de evaluación del riesgo y de protección orientadas a garantizar la no repetición de la violencia y a brindar protección efectiva ante represalias o amenazas, haciendo posible que las mujeres, niñas y niños vivan en condiciones de libertad y seguridad. Estas medidas se podrán mantener en los casos de sobreseimiento provisional, siempre respetando el derecho a la intimidad de las víctimas, si se valora su necesidad”.

No se entiende qué medidas de protección podrá adoptar la policía que no sean las previstas en la legislación vigente en relación con las víctimas y en su ámbito de actuación, siempre que no correspondan su adopción a la autoridad judicial.

En caso de que se trate de víctimas de violencia de género, de delitos sexuales y de trata, la persona ante la que declaren, aparte de que sea la misma, sea del mismo sexo que la víctima cuando así lo solicite, con la misma salvedad relativa al desarrollo del proceso o que deba tomarse directamente por un juez o un fiscal. No hace referencia a todos los delitos incluidos en el concepto de violencia sexual a pesar de la modificación del art. 25 LEVD por la Ley 10/2022, de 6 de septiembre.

La adopción de las medidas de protección procesal con respecto a la víctima vulnerable de violencia sexual será adoptada por el juez, ya sea en fase de instrucción o de enjuiciamiento; por el fiscal en el marco del proceso penal de menores, o, incluso, por los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones (art. 24.1 LEVD), por ejemplo, tomando declaración el mismo funcionario de policía y del sexo de la víctima si ésta lo solicita.

Para la adopción de estas medidas en caso de víctimas menores de edad su evaluación tomará en consideración sus opiniones e intereses, lo que conecta con el derecho general a ser oído del art. 9 LOPJM⁷⁸. Por su parte, el art. 11.1 LOPINIA reconoce el derecho de las víctimas menores a ser escuchadas, que sólo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.

Así, el art. 11.2 LOPINIA dispone que “se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana”.

En lo que concierne al lugar o espacio⁷⁹ y forma de explorar o tomar declaración a la víctima, la Ley del estatuto de la víctima del delito y la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia se complementan. Lo mismo cabe decir con respecto a la preparación y especialización de los profesionales que participen en la exploración o en la práctica de la declaración.

⁷⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LOPJM).

⁷⁹ Sobre las salas Gesell y el modelo Barnahus o Casa de los Niños (potenciado por el Consejo de Europa), *vid.* LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 58, septiembre 2022, pp. 36-42.

No cabe duda que la preconstitución de la declaración de la víctima menor⁸⁰, en todo caso cuando se trate de menor de catorce años⁸¹ (art. 449 ter LECrim.), resulta esencial en aras de minimizar la victimización secundaria, siempre con respeto pleno de las garantías procesales y del principio de contradicción, así como del interés superior del menor. No sólo es una medida de protección procesal apta para no incidir en la revictimización de la víctima en su contacto con el sistema procesal penal, sino que también puede “proteger y salvaguardar el testimonio que se convierte en el elemento probatorio [...] del presunto hecho delictivo cuya víctima es un menor de edad”⁸².

⁸⁰ Vid., v.gr., ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, núm. 3, set./dez. 2022, pp. 1093-1126. “El interés del menor, por tanto, constituye principio esencial a tener en cuenta en todos aquellos casos en que el menor se vea involucrado en un proceso penal; entre ellos, y en lo que aquí a nosotros nos interesa, cuando lo sea bien por haber sido víctima del delito bien por haberlo presenciado, debiendo adoptarse por parte de las autoridades competentes las decisiones que sean más respetuosas con los derechos del menor y su desarrollo integral, sin que ello suponga menoscabo alguno de las garantías básicas que conforman nuestro sistema procesal pena” (*ibidem*, p. 1.099).

⁸¹ Nos parece acertada la reflexión de ARANGÜENA FANEGO, Coral, sobre la limitación de la edad y tipo de delito para preconstituir la prueba del art. 449 ter LECrim. “Ciertamente la literalidad del art. 449 ter combinada con la de los concordantes arts. 449 bis y 707.2 parece dar a entender que tal posibilidad, si no excluida, si tiene un ámbito residual y muy limitado ya que debería reconducirse a los supuestos generales previstos en los arts. 448, 449, 777.2 y 797.2 estando reservada por tanto a los casos de “imposibilidad material” de practicar la declaración en el juicio oral. No obstante, y con PILLADO GONZÁLEZ, consideramos que debería buscarse una exégesis más coherente con el espíritu de la Ley Orgánica 8/2021 y de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima que tratan de ofrecer una protección integral a los menores y personas con discapacidad frente a la victimización secundaria. Y a la vista de que los arts. 448.1, 449 y 777.2 LECrim no han sido modificados, se debería acudir a la interpretación jurisprudencial de los mismos que amplía el concepto de “imposibilidad de testificar en el juicio oral” entendiéndolo que puede incluir el riesgo que supone para su desarrollo personal o equilibrio mental la declaración en juicio a la vista de su madurez. En definitiva, de concurrir razones que acrediten la falta de madurez del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, debería facilitarse la preconstitución de la prueba acompañada de las garantías del derecho de defensa del encausado” (*op. cit.*, p. 1.111).

⁸² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo; GARRIDO ANTÓN, María José, “Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales. La prueba preconstituida”, en *Diario La Ley*, núm. 10.026, marzo 2022, pp. 4 y 5. Estos autores sostienen que “también es extremadamente útil por la vulnerabilidad que presentan algunos procesos cognitivos como la memoria, ya que el juicio oral se celebra tiempo después (a veces demasiado) de finalizada la fase de instrucción” (*ibidem*, p. 4). Añaden que “debemos recordar que cuando hablamos de abusos sexuales, que puede consistir en un «leve tocamiento» a un menor, éste no lo va a interpretar con esa connotación sexualizada como hacemos los adultos y posiblemente no se acuerde porque «no lo grabó» y, por tanto, no procesó —como ítem significativo— este hecho en su memoria” (*ibidem*, p. 4). En esta línea, “Ahora bien, no sólo el dato de evitar una eventual victimización secundaria avala la nueva solución legal. A ello se suma la necesidad de conjurar las deficiencias derivadas de una demora en la realización de la declaración testifical si se aplaza al juicio oral dado que los recuerdos se tornan más imprecisos y pueden estar sometidos, además, a influencias externas

Al respecto, el art. 449 ter LECrim. desarrolla una de las medidas de protección del art. 26.1 LEVD en relación con las víctimas menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. No se entiende bien añadir en la relación del art. 26.1 LEVD a las víctimas de violencias sexuales por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. En primer lugar, resulta redundante con respecto a las víctimas menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que lo son con respecto a cualquier delito. En segundo lugar, no se prevé dicha posibilidad en el art. 449 ter LECrim. y no parece aportar con respecto a las medidas previstas en los arts. 23 y ss. LECrim. como la de separación visual entre víctima y agresor, incluso sin estar en la sala de vistas con el uso de las nuevas tecnologías (por ejemplo, por videoconferencia), y la de celebración del juicio sin presencia de público (art. 25.2 LEVD en consonancia con los arts. 703 bis y 707 LECrim.).

Dada la naturaleza de la violencia sexual y según el tipo delictivo cometido, puede ser la única prueba de cargo existente en el proceso. Como se contiene en la doctrina del Tribunal Constitucional⁸³ y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aún siendo prueba única, “lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada”⁸⁴.

A este respecto, nos parece esencial referenciar la actual línea jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así, “para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia

que pueden desvirtuarlo. Este aseguramiento de la calidad del testimonio redundante, al tiempo, en una protección de los derechos del propio encausado” (ARANGÜENA FANEGO, Coral, *op. cit.*, p. 1.109).

⁸³ Vid. RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “La declaración preconstituida de la víctima menor del art. 449 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal y la doctrina del Tribunal Constitucional como única prueba de cargo en procesos penales por delitos sexuales”, en *El Derecho procesal: entre la Academia y el Foro*, dirs. J. Martín Pastor y R. Juan Sánchez, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 647-658.

⁸⁴ STS —Sala de lo Penal— núm. 108/2023, de 16 de febrero de 2023, fj 7.2, ROJ: STS 534/2023 – ECLI:ES:TS:2023:534. Vid., *v.gr.*, STS —Sala de lo Penal— núm. 99/2023, de 15 de febrero de 2023, fj 1.2, ROJ: STS 546/2023 – ECLI:ES:TS:2023:546; STS —Sala de lo Penal— núm. 83/2023, de 9 de febrero de 2023, fj 2, ROJ: STS 662/2023 – ECLI:ES:TS:2023:662; STS —Sala de lo Penal— núm. 605/2022, de 16 de junio de 2022, fj 3, ROJ: STS 2514/2022 – ECLI:ES:TS:2022:2514.

nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre”. Ello implica que el análisis del testimonio se efectúe “desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación”⁸⁵:

- Con respecto a la credibilidad subjetiva del testimonio, se analiza que “la falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan” (*sic*), o de la concurrencia de móviles espurios (odio, resentimiento, venganza o enemistad proveniente de relaciones anteriores con el agresor) o de otras razones (protección de un tercero). El Tribunal Supremo puntualiza que “el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración de la víctima”.
- La credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio que se basa “en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa)”.
- La persistencia de la declaración, que complementa a la anterior, que “no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante”⁸⁶. En

⁸⁵ STS —Sala de lo Penal— núm. 108/2023, de 16 de febrero de 2023, fj 7.2, ROJ: STS 534/2023 – ECLI:ES:TS:2023:534. En esta sentencia, en la que el Tribunal Supremo explica los parámetros de valoración de la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Así, declara que “es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado”. Y añade que “la deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia [...], pues carece de aptitud necesaria para generar certidumbre” (*ibidem*).

⁸⁶ “No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psi-

el caso de las víctimas de delitos sexuales, el Tribunal Supremo explicita que estas “exponen una línea de progresividad en su declaración que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima” (*sic*).

Así, las diferencias, omisiones o contradicciones de la declaración de la fase de instrucción con respecto a la de la fase de juicio oral pueden responder a que “el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han transcurrido varios meses o incluso años”. Además, “ un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración”⁸⁷. Lo que se exige es que exista una identidad sustantiva.

Lo habitual —y razonable— es aportar la prueba pericial, practicada sobre las capacidades psíquicas de la víctima y la credibilidad de su testimonio⁸⁸, en aras de corroborar dichos parámetros de la declaración de la víctima, correspondiendo valorar ambas pruebas al juzgador conforme a las reglas de la sana crítica (art. 741 LECrim.).

Al respecto, es de destacar la previsión del art. 449 ter.II LECrim. de que el juez pueda acordar la práctica de la declaración de la víctima menor de violencia sexual a través de equipos psicosociales “que apoyarán al tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional”.

cológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva” (*sic*) (*cit.* STS —Sala de lo Penal— núm. 108/2023, de 16 de febrero de 2023, ffjj 1.2 y 7.2).

⁸⁷ “Lo sospechoso sería un relato mimético, idéntico en todo momento” (*cit.* STS —Sala de lo Penal— núm. 108/2023, de 16 de febrero de 2023, fj 7.6).

⁸⁸ STS —Sala de lo Penal— núm. 115/2023, de 22 de febrero de 2023, fj 1, ROJ: STS 556/2023 – ECLI:ES:TS:2023:556; ATS —Sala de lo Penal— núm. 203/2023, de 16 de febrero de 2023, ffjj 1 y 2, ROJ: ATS 2309/2023 – ECLI:ES:TS:2023:2309A (analiza la línea doctrinal del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del informe pericial y su valoración).

IV. JUSTICIA RESTAURATIVA Y PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL CON VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL. LA VÍCTIMA VULNERABLE MENOR

1. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL

En las doctrinas penalista y procesalista se ha debatido en torno a la posibilidad de que los sistemas de justicia restaurativa y, en concreto, a través de la mediación penal puedan activarse con respecto a las consecuencias derivadas de cualquier ilícito penal, analizado el caso concreto y con la salvedad de que se exista exclusión legal de mediación, o que sólo tengan lugar con respecto a algunos delitos⁸⁹. Conforme a la regulación vigente, no se establece catálogo alguno, salvo la exclusión de la mediación en caso de violencia de género (art. 87 ter.5 LOPJ)⁹⁰ y, desde la modificación del art. 3.1 LEVD por la Ley Orgánica 6/2022, también los delitos de violencia sexual. Esta afirmación ha de matizarse con respecto al proceso penal de menores, en cuyo art. 19 LEVD permite la conciliación y la reparación, incluidos los delitos de violencia de género y de violencia sexual, en aras del interés superior del menor y, consecuentemente, la aplicación del principio de oportunidad reglada.

No es objetivo de este trabajo realizar un análisis profundo sobre la justicia restaurativa y la mediación penal, sobre las que la doctrina es profusa⁹¹.

⁸⁹ Vid. RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “La mediación penal y el proceso penal”, en A. Álvarez Alarcón, P. García Molina, *Mediación y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2022, pp. 509-510.

⁹⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

⁹¹ Sobre justicia restaurativa y mediación penal, *vid.*, *v.gr.*, BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones”, en *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, ReCrim2014:0023-052, pp. 23-52; RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “Justicia restaurativa y mediación penal”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, mayo-agosto 2016, pp. 103-126; RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “Los sistemas de justicia restaurativa y la mediación penal. Efectos en el sistema procesal penal español”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, A.M. Rodríguez Tirado (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 311-352; SOLETO MUÑOZ, Helena, “La ineficacia del sistema de justicia español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual: un espacio para la justicia restaurativa”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 320-341; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Estado de la mediación penal en España”, en *Luris Tantum*, núm. 29, 2019, pp. 99-142; MIGUEL BARRIO, Rodrigom *Justicia restaurativa y justicia penal*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2019; OTERO OTERO, Blanca, “Víctimas y justicia restaurativa en la justicia de menores”, en *Las víctimas en el proceso penal de menores: tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, E. Pillado González, T. Farto Play (dirs.), Madrid, Dykinson, 2021, pp. 151-155; ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura, “La mediación

Nuestro acercamiento será somero a efectos de enlazarlo con el epígrafe siguiente. Partimos de la base de que la mediación penal se desarrolla como una técnica, como un procedimiento, en el marco de la justicia restaurativa y que, además, se diferencia su aplicación en el enjuiciamiento de adultos con respecto al proceso penal de menores. La víctima vulnerable menor de violencia sexual puede haberla sufrido de manos de una persona adulta o de otra persona menor, respondiendo penalmente de forma diversa en nuestro sistema procesal penal.

La Directiva 2012/29/UE utiliza la expresión justicia restaurativa⁹² para referirse a “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. Integra cualquier procedimiento, mecanismo o actividad encaminada a resolver el conflicto resultante de la comisión de un hecho delictivo, requiriendo la intervención de un tercero, que puede ser un mediador o un facilitador, por ejemplo. Víctima y victimario han de participar libre y voluntariamente.

El art. 15 LEVD transpuso el art. 12 de la Directiva 2012/29/UE, estableciendo una regulación básica de los sistemas de justicia restaurativa en el ámbito judicial, cuyo objetivo es la reparación moral y material de la víctima. No obstante, la conecta con la mediación penal en relación con el proceso posterior, eludiendo referirse a otras técnicas o procedimientos. Así, el art. 15.2 LEVD dispone que “los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran

penal como manifestación del denominado “principio de oportunidad”: ¿Debería replantearse el legislador su veto a las víctimas de violencia de género?”, en *Revista De Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, 2021, pp. 171–204.

⁹² Sobre justicia restaurativa (o justicia reparadora) y mediación penal, se ha debatido ampliamente en la doctrina procesalista y en la doctrina penalista. Como botón de muestra, se cita algunos trabajos de interés de la última década: FRANCÉS LECUMBERRI, Paz; SANTOS ITOIZ, Eduardo, analizan someramente las bases conceptuales de la justicia restaurativa desde el ámbito de la Criminología, del ámbito de la dogmática del Derecho Penal y desde el ámbito de la filosofía para abordar, a continuación, la justicia restaurativa en relación con los fines y función del Derecho Penal y las fórmulas alternativas o complementarias de solución de los conflictos surgidos del ilícito penal como la justicia restaurativa (pp. 61-68) y, finalmente, delimitar el alcance de la mediación penal (pp. 79-83) (“La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?”, en *Revista Nuevo Foro Penal* (Universidad EAFIT), vol. 6, núm. 75, julio-diciembre 2010, pp. 61-83).

tenido conocimiento en el ejercicio de su función”. Se completa con el reconocimiento a víctima e infractor que podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento (art. 15.3 LEVD).

La justicia restaurativa⁹³ *per se* no resuelve el conflicto jurídico-penal⁹⁴, pero sí podrá resolver el conflicto moral. Dependerá de la técnica utilizada que, nuestro sistema procesal penal parece decantarse por la mediación penal a cuyo acuerdo se le atribuyen o pueden atribuir efectos procesales. La reparación material es disponible como responsabilidad civil.

La reparación moral, pues, podrá acontecer al margen del proceso penal con cualquier técnica, mecanismo o procedimiento de justicia restaurativa en la solución del conflicto entre víctima-agresor sin repercusión jurídica, sin que afecte a la resolución del conflicto jurídico-penal⁹⁵.

La voluntad de la víctima y el hecho de convertirla en protagonista activa de su propia reparación, cuando menos moral, por el victimario con la asun-

⁹³ DEL RIQUELME HERRERO, Miguel Pasqual, define justicia restaurativa, restitutiva o reparadora como “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas” (*Mediación penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal*, EUROSOCIAL II, Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), 2013, p. 8). Este mismo autor enmarca los conceptos de justicia restaurativa y mediación penal en el marco ideológico y conceptual de la *Cultura de la Paz* (2013, p. 17).

⁹⁴ Coincidimos con FRANCÉS LECUMBERRI, Paz; SANTOS ITOIZ, Eduardo, en que se media sobre un conflicto, pero no sobre un conflicto jurídico-penal, cuyo cauce es el proceso penal. Estos autores concluyen que es “sobre el conflicto exclusivamente sobre lo que se media. En la esfera de la mediación vienen a tratarse una serie de circunstancias diferentes a aquella que sería la desnuda dimensión procesal del hecho. La valoración del conflicto penal depende. De los diferentes puntos de vista del autor y de la víctima que depende de los diferentes puntos de vista sociales, de su experiencia personal, etc. No es por ello extraño que a un proceso de mediación se traigan un buen número de circunstancias externas a aquellas que irían al escenario procesal del delito” (p. 80). Así, “con la mediación se trataría de reparar una situación anterior al delito entre el delincuente y la víctima del delito, sin negar por ello el Derecho del Estado de ejercitar el *ius puniendi*, con la creación de espacios que con una oportunidad o discrecionalidad regladas permitirían un cauce para la resolución de conflictos” (pp. 78-79) (*op. cit.*, pp. 78-80).

⁹⁵ Se ha elaborado estudios sobre la repercusión de la mediación penal en infracciones de menor gravedad como el efectuado para el Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco (Álava, 2013) (IGARTUA LARAUDOGOITIA, Idoia; OLALDE ALTAREJOS, Antonio José; PEDROLA, Mercè; VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Evaluación del coste de la justifica restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: el caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad* (Álava, 2013), Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2015).

ción de su responsabilidad en los hechos constituyen elementos básicos de la institución de la justicia restaurativa y, en su caso, la participación de la comunidad, con independencia del procedimiento, mecanismo o técnica empleados de justicia restaurativa. Lo que no implica que la reparación de la víctima por el victimario a través de alguna técnica de justicia restaurativa tenga efectos en el proceso. Dependerá de lo que se prevea en la norma procesal o, en su caso, en la norma penal.

En lo que concierne al proceso penal de declaración de “adultos”, la mediación penal constituye un medio complementario al proceso en la práctica forense, desarrollándose como mediación intrajudicial. Falta una adecuada implementación en las normas procesales, ya sea en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya sea en una norma específica. A nuestro juicio, debería contenerla la norma procesal penal con carácter general en línea con el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, en sus arts. arts. 104.k), 181 a 185, 553, 647, 773, 800 y 896, como manifestación del principio de oportunidad reglada⁹⁶.

Con respecto al proceso penal de declaración para adultos, se ha venido desarrollando a través de la derivación judicial a los servicios de mediación en las experiencias piloto en diversos órganos judiciales de distintos territorios⁹⁷. En lo que concierne a la ejecución, se prevé otorgar eficacia a los acuerdos de mediación para acceder a la suspensión de la pena en los supuestos de los arts. 80.3 y 81.4 CP. Y en el proceso penal de menores establece un marco general en el art. 19 LORPM⁹⁸, como es la posibilidad de sobreseimiento del proceso penal con acuerdos de conciliación y reparación, y en el art. 51.3 LORPM mediante la sustitución de medidas en fase de ejecución.

La activación del procedimiento de mediación penal se efectúa, pues, intrajudicialmente desde el proceso penal, previa valoración del juez y con audiencia del Ministerio Fiscal, siendo aquél el que, en la práctica de las

⁹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, en relación con la mediación penal, entiende que “la heterocomposición del conflicto penal social se encuentra informada por el principio de oportunidad”. Este autor diferencia entre aucomposición con respecto al litigio surgido entre las partes privadas (pretensión civil) y heterocomposición en relación con la pretensión penal, que se ha de satisfacer generalmente mediante una sentencia de conformidad (“El principio de oportunidad y la mediación penal”, en *op. cit.*, p. 747).

⁹⁷ También cabría aplicar el art. 963.1 o el art. 964.2 LECrim. en caso de falta de interés público del Ministerio Fiscal siempre que este pida el sobreseimiento. Dada la gravedad de las penas atribuidas a los delitos de violencia sexual, no será el utilizado para tramitar los procesos por violencia sexual contra menores cometidos por adultos.

⁹⁸ El art. 19.2 LORPM ha sido modificado por la Disposición final séptima de la LO 10/2022 (LOGILS).

experiencias piloto, lo deriva a mediación penal. En el proceso penal de menores, la valoración es efectuada por el fiscal de menores conforme al art. 19 LORPM.

La Ley del estatuto de la víctima del delito se implementa parcialmente por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, en el que se regulan, entre otras cuestiones, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito⁹⁹. Así, algunas comunidades autónomas han desarrollado el art. 16.1 RD 1109/2015¹⁰⁰.

GIMENO SENDRA considera que, en la mediación penal, se ha de solucionar dos conflictos: “el conflicto social existente entre el delincuente y el Estado y el conflicto intersubjetivo o litigio entre el agresor y su víctima, los cuales originan el nacimiento, tanto de la acción penal, como el de la civil «*ex delicto*» (art. 100 LECrim.) y a las que hay que dar satisfacción en el proceso con la solución de ambos conflictos mediante al aplicación del Derecho Penal y el Civil de daños”¹⁰¹.

La mediación penal podría presentar dos perspectivas complementarias en esta línea. En primer lugar, como método para solucionar el conflicto moral o inmaterial (y, en su caso, lo relativo a la reparación civil, disponible para las partes) entre la víctima y el agresor o victimario, en el que se po-

⁹⁹ Vid. el art. 14 RD 1109/2015 en el que se recogen los derechos de la víctimas respecto de estas Oficinas o el art. 19, que, entre sus funciones, prevé la de informar sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de justicia restaurativa.

¹⁰⁰ Sobre justicia restaurativa, la Comunidad Foral de Navarra ha aprobado la Ley Foral 4/2023, de 9 de marzo, de justicia restaurativa, mediación y prácticas restaurativas comunitarias (BOE de 4 de abril de 2023, núm. 80, Sec. I), en atención al art. 16.1 RD 1109/2015. Esta norma foral desarrolla el Servicio de Justicia Restaurativa de Navarra que “es un servicio público de apoyo especializado a las víctimas dirigido a lograr la reparación del daño causado, la responsabilidad y la reinserción de las personas ofensoras y la participación de las personas y comunidades afectadas por los delitos” (art. 12 Ley Foral 4/2023). Se prevé que asuma “los casos que le sean derivados por el órgano judicial competente, en cualquier fase del proceso penal, en delitos de cualquier tipología y gravedad, excepto aquellos prohibidos expresamente, de acuerdo con la legislación procesal y sustantiva vigente” (art. 13.2 Ley Foral 4/2023). Las técnicas de justicia restaurativa que implementa son la mediación penal, las conferencias restaurativas, los círculos restaurativos y los talleres y programas restaurativos (arts. 20 y ss. Ley Foral 4/2023). Llama la atención que regula los resultados de los procedimientos seguidos con las técnicas restaurativas, de modo que el informe final sobre el resultado, en los procesos intrajudiciales, se comunicará a la fiscalía y a los órganos judiciales, respeto de la confidencialidad legalmente establecida (art. 25.5 Ley Foral 4/2023), asumiendo el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos. Informará a los órganos judiciales y Fiscalía en caso de ser requerido sobre el seguimiento efectuado (art. 26 Ley Foral 4/2023). Al margen de la judicialización y sin tener efectos jurídicos vinculantes, prevé las prácticas restaurativas comunitarias (arts. 44 y ss. Ley Foral 4/2023).

¹⁰¹ “El principio de oportunidad y la mediación penal”, en *op. cit.*, p. 749.

tencia el protagonismo de la víctima en su reparación con su participación activa. Ello no obsta a que se adopte medidas para evitar cualquier victimización secundaria de la misma. En segundo lugar, puede constituirse como método complementario para solucionar el conflicto jurídico-penal, lo que se efectuará a través del proceso por los órganos jurisdiccionales y su remisión a mediación penal.

La mediación penal¹⁰², en el marco de la justicia restaurativa, tendría doble finalidad: la búsqueda de la satisfacción inmaterial de la víctima, puesto que ésta puede no sentirse reparada con una sentencia de condena penal, pudiendo alcanzar dicha satisfacción una vez finalizado o en el curso del proceso penal, y la búsqueda de la satisfacción material.

El acuerdo de reparación de la mediación penal podrá tener efectos en el proceso penal de adultos, si bien se incorporarán por la vía de las atenuantes y de la sentencia de conformidad. El reconocimiento de la atenuante que corresponda o utilización por las partes de la institución de la conformidad permiten otorgar efectos procesales al acuerdo de mediación penal como así se ha venido aplicando en las experiencias piloto desarrolladas en España. En el caso de que el victimario sea menor de edad penal, los efectos de la conciliación y de la reparación se regulan en el art. 19 LORPM, que podrá conllevar el sobreseimiento del proceso.

La cuestión que hemos de plantear es sobre el acierto del legislador en la exclusión de la mediación para los delitos de violencia sexual con carácter general, salvo que el agresor sea un menor de edad penal. Se ha de tener en cuenta que el legislador se sitúa por encima de la voluntad de la víctima de estos delitos e, incluso, de la evaluación individual que se pueda realizarse de la misma conforme a los arts. 23 y ss. LEVD, tendiendo en cuenta que “no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima” (art. 15.1 LEVD). La justicia restaurativa tiene como objetivo empoderar a la víctima y que el victimario reconozca los hechos, asumiendo su responsabilidad, si bien y, enlazamos con el epígrafe siguiente, habría

¹⁰² “La mediación es una institución que pone en valor lo que en la sociedad actual no se valora (por no medirse con parámetros de eficiencia), o lo que es lo mismo, puede mostrarse como algo «inútil» para el sistema penal. Ahora bien, como señala Nuccio ORDINE, en su obra «La utilidad de lo inútil», hay que buscar también la utilidad de lo inútil [...]. En este sentido, la mediación, «aparentemente inútil», se muestra como una institución a la búsqueda de la dignidad de las personas (víctima-victimario), del respeto del otro, una mirada diversa del derecho penal y del proceso penal (de la mano y coordinados), de credibilidad en el ser humano, desde los fundamentos de la justicia restaurativa” (BARONA VILAR, Silvia, “El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, enero 2021, p. 227).

que matizarlo en relación con la afectación de bienes personalísimos y la capacidad de consentir de la víctima vulnerable menor.

En este sentido, la Directiva 2012/29/UE advierte en su Considerando 46 que, “a la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de la víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio”.

2. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA VULNERABLE MENOR

Un procedimiento de mediación penal requiere de dos partes, víctima y victimario, que han de manifestar libre y voluntariamente su consentimiento de participar en aquel, porque, de otro modo, no conseguiría lograr su objetivo de reparar a la víctima y de que el victimario interiorice lo reprochable de su acción¹⁰³.

La víctima y la persona investigada/acusada han de prestar libremente su consentimiento, debiendo ser previamente informado, lo que exige con respecto a la víctima.

El art. 15.1.b) y c) LEVD no concreta cómo ha de prestarse dicho consentimiento. Salvo que exista una previsión legal futura en otro sentido, debería ser por escrito y siempre de forma libre y voluntaria, quedando preservado el derecho a revocar el consentimiento en cualquier momento tanto por la víctima como por la persona investigada/acusada, que, igualmente, habrá de ser por escrito. La Directiva 2012/29/UE exige que sea un consentimiento libre e informado necesariamente para la víctima.

El acuerdo de reparación sólo podrá ser alcanzado de forma libre y voluntaria por víctima y persona investigada/acusada, sin que pueda existir influencia alguna en la voluntad de la víctima, en especial del propio infractor penal. Por ello, se ha de velar por la víctima “atendiendo a consideraciones de seguridad” (art. 12.1.a) Directiva 2012/29/UE), que se concreta en el art. 15.1.d) LEVD, en que “no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos prejuicios

¹⁰³ Vid. RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *op. cit.*, 2021, p. 130.

materiales o morales para la víctima”. El Preámbulo de la Ley del estatuto de la víctima del delito declara que “la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio” (parágrafo VI).

Cabe plantearse si la mediación penal es procedente con víctimas vulnerables o especialmente vulnerables de delitos sexuales, en concreto, cuando la víctima sea menor de edad. Si el inicio del procedimiento de mediación penal exige del consentimiento libre y voluntario de la víctima, ¿sería suficiente el consentimiento del representante legal de la víctima al afectar a bienes jurídicos personalísimos como es la libertad sexual y la reparación del daño moral de la víctima? Obviamente, el derecho a ser oído del menor de edad se ha de garantizar conforme al art. 9 LOPJM cuando tenga suficiente grado de madurez. ¿Si la víctima del delito sexual es una persona menor de cuatro años o de cinco o seis? ¿El representante legal de la persona menor víctima del delito podría prestar su consentimiento sobre la reparación moral del menor como bien jurídico personalísimo? Pensemos que el agresor puede ser un menor.

La víctima directa, que, según el art. 2.a) LEVD, es “toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”. En el caso de una persona menor de edad que haya sido el sujeto pasivo de un delito contra la libertad sexual, será considerada como víctima directa. Su representación legal completará su capacidad de obrar o su capacidad procesal, pero la persona menor será la víctima directa del delito, salvo en caso de muerte o desaparición de la misma por causa directa del delito (art. 2.b) LEVD).

Por características análogas a la institución del perdón, cabe señalar que el perdón de la persona ofendida, regulado en el art. 130.1.5.º CP, modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ya no extingue la responsabilidad penal cuando la víctima sea una persona menor de edad o se trate de personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el caso de que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales. En la redacción anterior del art. 130.1.5.º CP, el perdón era otorgado por su representante legal.

En paralelismo, dado que un delito sexual afecta a un bien jurídico eminentemente personal como es la libertad sexual, el tratamiento al consentimiento de la víctima menor de edad (o con discapacidad necesitada de especial protección) debiera ser similar al perdón del ofendido al afectar a un bien jurídico personalísimo de la víctima, además de que la reparación moral recae sobre la propia víctima, quien ha de sentirse satisfecha y reparada, más allá de la reparación material en la que sí cabría el consentimiento del representante legal o la ratificación del consentimiento del representante legal, según proceda en atención a la edad y grado de madurez de la víctima menor de edad.

El consentimiento¹⁰⁴ de la víctima menor de edad en la comisión de conductas delictivas contra la libertad sexual no excluyen la comisión del delito (por ejemplo, delitos de corrupción de menores y de pornografía infantil, explotación sexual, agresiones sexuales contra menores de dieciséis años¹⁰⁵), precisamente, en atención al bien jurídico protegido de la víctima y a la falta de madurez. En el caso de las agresiones sexuales, se ha de tener en cuenta la edad del consentimiento sexual y con las limitaciones del art. 183 bis CP.

El art. 19.2 LORPM, tras la modificación de 2022 por LOGILS, se prevé que la conciliación no tenga efectos en delitos contra la libertad sexual, salvo que la víctima lo solicite expresamente y el agresor menor de edad penal, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad¹⁰⁶. Se mantiene la redacción del art. 19.6 LORPM que prevé la asunción del compromiso del representante legal de la víctima cuando fuera menor de edad¹⁰⁷. Somos conscientes de que, en el

¹⁰⁴ Sobre el consentimiento de niños y jóvenes en relación con el consentimiento sexual, se podría extrapolar el análisis efectuado por GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “La autonomía «progresiva» de niños y jóvenes y la edad penal del consentimiento sexual”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, dir. M.ª J. Rodríguez Mesa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1.ª ed., 2019, pp. 310 y ss.

¹⁰⁵ Con la salvedad del consentimiento sexual regulado en el art. 183 bis CP en su nueva redacción tras la reforma de la LOGILS.

¹⁰⁶ La formación y la educación en el respeto a la libertad sexual de cada persona es muy importante para la concienciación y la tolerancia cero de la sociedad ante cualquier violencia sexual, enfatizando la perspectiva de género dado el perfil de la víctima de delitos sexuales extensible (que, como se ha expuesto, no son conceptos sinónimos: el de violencia sexual engloba al de delitos sexuales como los tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Los informes sobre delitos contra la libertad sexual incluyen los de trata).

¹⁰⁷ En el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone que, el consentimiento para participar en un procedimiento de mediación, cuando la víctima sea menor de edad, deberá ser confirmado por sus representantes legales y puesto en conocimiento del juez de menores competente.

proceso penal de menores rige el principio del interés superior del menor, concurrente cuando víctima y victimario son menores de edad¹⁰⁸, pero la respuesta ha de ser similar cuando la víctima sea menor de edad si bien en atención al caso concreto y al grado de madurez de la propia víctima para integrar ese interés superior del menor¹⁰⁹.

El legislador¹¹⁰ actúa con exceso de celo en la protección a la víctima de violencia sexual, incluso, por encima de su capacidad de decidir y, en su caso, consentir ser la protagonista de su reparación moral, lo que el proceso penal —a pesar de que exista condena— no tiene por qué proporcionarle. Se le veda también la reparación material en términos patrimoniales, en lo que sí puede tener interés para la víctima, aparte de las ayudas y otras medidas de protección previstas para las víctimas de violencia sexual. Quizás, se ha de entender que la prohibición de la mediación no afecta a la utilización de cualquier otra técnica o procedimiento de justicia restaurativa. Hemos de tener en cuenta que, a la vista de regulación vigente, la derivación a mediación penal se está realizando en el marco de un proceso penal, es decir, intrajudicialmente y con el control judicial o del Ministerio Fiscal, según la clase de proceso.

En aplicación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, toda referencia a personas o colectivos incluida en este trabajo, estará haciendo referencia al género gramatical neutro, incluyendo, por lo tanto, la posibilidad de referirse tanto a mujeres como a hombres.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura, “La mediación penal como manifestación del denominado “principio de oportunidad”: ¿Debería replantearse el legislador su veto a las víctimas de violencia de género?”, en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*

¹⁰⁸ *Vid.* RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *op. cit.*, 2021, pp. 115-119.

¹⁰⁹ “Y lo que es indudable, la mediación penal pivota sobre el consentimiento, tanto para comenzar el procedimiento como para trabajar en el procedimiento de mediación, obviamente sin olvidar que cualquier acuerdo que se adopte requiere de consentimiento de víctima-victimario-abogados-juez y en su caso fiscal” (BARONA VILAR, Silvia, *op. cit.*, 2021, p. 227).

¹¹⁰ El legislador de 2022 incorpora el Título VII de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual para regular el derecho a la reparación de la víctima de violencia sexual, que comprende la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que le corresponda conforme a las leyes penales sobre la responsabilidad civil derivada del delito; las acciones necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social; las acciones de reparación simbólica, y las garantías de no repetición. No hay referencia alguna a la justicia restaurativa o reparadora. Por reparación simbólica, se hace referencia al “reconocimiento de la violencia y declaraciones institucionales que restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas siempre desde un enfoque reparador integral transformador” (art. 57.1 LOGILS).

- gicos*, núm. 3, enero-junio 2021, pp. 171-204. (DOI: <http://doi.org/10.25267/REJU-CRIM.2021.i3.7>).
- ARAGÜENA FANEGO, Coral, “Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, set./dez. 2022, pp. 1093-1126 (DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.742>).
- BARONA VILAR, Silvia, “El consentimiento en el proceso penal, ¿un oxímoron?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, enero 2021, pp. 208-235.
- BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones”, en *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, ReCrim2014:0023-052, pp. 23-52.
- CALVO SÁNCHEZ, M.^a Carmen; BUJOSA VADELL, Lorenzo, “Aspectos jurídico-procesales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa”, en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo (Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrradi)*, coord. J. Martín Ostos, Barcelona, Editorial Atelier, 2013, pp. 151-174.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Estado de la mediación penal en España”, en *Iuris Tantum*, núm. 29, 2019, pp. 99-142.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal* (con otro), Valencia, Tirant lo Blanch, 10.^a ed., 202.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, “La construcción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores y adolescentes: Un análisis crítico a partir de la «visibilidad» y el «grado de acuerdo social»”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, dir. M.^a J. Rodríguez Mesa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1.^a ed., 2019, pp. 141-161.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Víctimas del delito y acción penal”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, dir. M. De Hoyos Sancho, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 79-97.
- DEL REAL CASTRILLO, Cristina, “Infracciones, víctimas y características del abuso sexual contra menores en España”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, dir. M.^a J. Rodríguez Mesa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1.^a ed., 2019, pp. 165-206.
- DEL RIQUELME HERRERO, Miguel Pasqual, *Mediación penal: marco conceptual y referentes. Guía conceptual para el diseño y ejecución de planes estratégicos nacionales de mejora y fortalecimiento de la mediación penal*, EUROSOCIAL II, Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), 2013.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña, *Protección integral de menores frente a la violencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

- FRANCÉS LECUMBERRI, Paz; SANTOS ITOIZ, Eduardo, “La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?”, en *Revista Nuevo Foro Penal* (Universidad EAFIT), vol. 6, núm. 75, julio-diciembre 2010, pp. 53-93.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 1-33.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “Principio de oportunidad y mediación penal”, en *La Administración de Justicia en España y en América*, dirs. P. Martín Ríos y M.^a A. Pérez Marín, Écija, Astigi Editorial, 2021, pp. 747-769.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “La autonomía «progresiva» de niños y jóvenes y la edad penal del consentimiento sexual”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, dir. M.^a J. Rodríguez Mesa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1.^a ed., 2019, pp. 295-330.
- GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “La regla del menor maduro. ¿Quién, cuándo y cómo se debe decidir sobre la madurez de un niño o joven?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, enero 2023, pp. 1-43.
- HERNÁNDEZ MOURA, Belén, “Consideraciones en clave de género sobre la valoración del testimonio en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en atención a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2023, núm. 59, p. 4.
- IGARTUA LARAUDOGOITIA, Idoia; OLALDE ALTAREJOS, Antonio José; PEDROLA, Mercè; VARONA MARTÍNEZ, Gema, *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: el caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad (Álava, 2013)*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2015.
- LA BARBERA, Mariacaterina, “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, 3n *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, pp. 235-257, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.07>
- LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 58, septiembre 2022, pp. 36-42
- MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2019.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL INTERIOR, *Balance Trimestral de Criminalidad* (cuatro trimestre 2022), recuperado por última vez el 21 de marzo de 2023, <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:cc54f642-528f-4bf8-a4fd-b0fc8259f649/Balance%20de%20Criminalidad%20Cuarto%20Trimestre%202022.pdf>

- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe de Violencia sobre la Mujer 2015-2019*, recuperado por última vez el 21 de marzo de 2023, <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:34be8e1f-e3a5-42d3-a6e9-1a38e13e5598/Informe%20sobre%20violencia%20contra%20la%20mujer%202015-2019.pdf>
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual 2021*, recuperado por última vez el 10 de marzo de 2023, https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034.pdf
- MONTERO AROCA, Juan, “Los conceptos esenciales”, en *Derecho Jurisdiccional* (con otros), Valencia, Tirant lo Blanch, t. III, 25.ª ed., 2017.
- OTERO OTERO, Blanca, “Víctimas y justicia restaurativa en la justicia de menores”, en *Las víctimas en el proceso penal de menores: tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, E. Pillado González, T. Farto Play (dirs.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 143-172.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española*, 2014, <https://dle.rae.es/>
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “Justicia restaurativa y mediación penal”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 98, mayo-agosto 2016, pp. 103-126.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo; GARRIDO ANTÓN, María José, “Evitando revictimizar a los menores víctimas de delitos sexuales. La prueba preconstituida”, en *Diario La Ley*, núm. 10.026, marzo 2022, pp. 1-6.
- RODRÍGUEZ MESA, M.ª José, “La Covid19. Un campo de experimentación para el enfoque criminológico de la oportunidad delictiva”, en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, julio-diciembre 2021, pp. 15-21. (DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i.4.02>).
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “Los sistemas de justicia restaurativa y la mediación penal. Efectos en el sistema procesal penal español”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje*, A.M. Rodríguez Tirado (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 311-352.
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *Vulnerabilidad y proceso penal de menores por delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “La declaración preconstituida de la víctima menor del art. 449 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal y la doctrina del Tribunal Constitucional como única prueba de cargo en procesos penales por delitos sexuales”, en

- El Derecho procesal: entre la Academia y el Foro*, dirs. J. Martín Pastor y R. Juan Sánchez, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 647-658.
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “La mediación penal y el proceso penal”, en A. Álvarez Alarcón, P. García Molina, *Mediación y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2022, pp. 497-511.
- SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección de las víctimas”, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, dir. M. De Hoyos Sancho, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 135-170.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, “La ineficacia del sistema de justicia español para reparar económicamente a las víctimas de violencia sexual: un espacio para la justicia restaurativa”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, 2019, pp. 320-341.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Pederastia y pornografía”, en M.ªJ. Rodríguez Mesa (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 365-388.
- TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar, “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4, pp. 125-166.
- URIBE ARZATE, Enrique; GONZÁLEZ CHÁVEZ, María de Lourdes, “La protección jurídica de las personas vulnerables”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte (México), núm. 27, 2007, pp. 205-229.
- ZAROWSKY, Christina; HADDAD, Slim; NGUYEN, Vihn-Kim, “Ir más allá de los «grupos vulnerables»: contextos y dinámica de la vulnerabilidad”, en *IUHPE-Global Health Promotion* 1757-9759, vol. 20, Sup. 1, 2013, pp. 92-99.

VERDAD, PRUEBA Y PROCESO CIVIL

Truth, evidence and civil process

JULIO PICATOSTE BOBILLO

Magistrado (jubilado)

Académico de número de la Real Academia Gallega
de Jurisprudencia y Legislación

juliopicatoste@hotmail.com

SUMARIO: I. LA VERDAD: DE LA FILOSOFÍA AL PROCESO. II. LA VERDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PARTES. III. FINALIDAD DE LA PRUEBA Y OBJETO DEL PROCESO. IV. PRUEBA Y VERDAD: ENCuentros Y DESENCuentros. V. LA PRUEBA TIENE POR OBJETO EL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD. VI. LA LEC ESTÁ COMPROMETIDA CON LA VERDAD. JUEZ, PARTES Y VERDAD. VII. PROBAR ES VERIFICAR

Resumen: *La verdad es un concepto originariamente filosófico que importa también al Derecho procesal. En un principio, se consideró que el objetivo de la prueba era, precisamente, alcanzar la verdad en el proceso. Más adelante, la verdad fue sustituida por otros objetivos distintos: la fijación de hechos y la convicción del juez. Actualmente, una importante corriente doctrinal vuelve a vincular los conceptos de prueba y verdad, y además, se considera que la verdad es presupuesto necesario de una decisión justa. Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la prueba nos permiten afirmar que esta está comprometida con la verdad. La prueba es fundamentalmente verificación.*

Abstrac: *The truth, as an originally philosophical notion, is also relevant to procedural law. First, it was considered that the main purpose of the proof and evidences in judicial proceedings was revealing the truth. Later, the truth as an objective was replaced by the determination of the facts and the judge's conviction. Nowadays, an important school of thought considers again that truth and proof on trial are connected concepts, as the truth is a prerequisite for a fair decision. The current procedural regulation of proof on trial of Spanish Ley de Enjuiciamiento Civil is committed with the truth. The aim of proof is essentially the verification of the facts.*

Key words: *prueba, proceso, verdad, verificación, sentencia justa proof, trial, truth, verification, just decisión,*

I. LA VERDAD: DE LA FILOSOFÍA AL PROCESO

Todos sabemos qué es decir verdad y qué es mentir. A pesar de ello, los pensadores llevan siglos dándole vueltas al concepto y búsqueda de

la verdad. Elaboran doctrinas y sistemas que “aparecen como intentos de construir el edificio de la verdad” que luego, al cabo, “se malograron y vinieron abajo”: por eso el pasado aparece a nuestros ojos como un conjunto de errores¹. La historia del pensamiento es, en buena medida, la larga aventura del hombre en pos de la verdad. Pero ¿qué es la verdad? Ocurre con esta algo similar a lo que San Agustín decía del tiempo; si no me preguntan, sé lo que es; si tengo que explicarlo, me siento incapaz de hacerlo.

Hablar de la verdad o de la búsqueda de la verdad² nos remite, diría que inevitablemente, a una primera dimensión filosófica; han sido los filósofos quienes durante siglos se han venido ocupando de escudriñar en la urdimbre del ser, en su interioridad, para explorar, como espeleólogos del conocimiento, lo que las cosas son³.

La verdad viene siempre precedida por una densa niebla que la oculta. No es extraño, pues, que la palabra griega *aléthés*, verdad, verdadero, provenga de una raíz que significa lo que queda al descubierto, lo que ha dejado de estar oculto⁴. Según el mito de Platón, las almas de los hombres conocieron la verdad sin sombra ni interferencia alguna cuando habitaban en el mundo de las ideas —el *topos uranos*—; pero cuando las almas se alojaron en el cuerpo de los hombres olvidaron aquellas ideas, sometidas ahora a la gravedad del tiempo, de la corporeidad, del dolor, de las luces y las sombras, perdieron su frescor y tersura; solo dejaron en el fondo de la conciencia una leve muesca, una luz mínima, débil, un recuerdo y con él, el apetito de recuperar las ideas que otrora fueron conocidas en todo su esplendor. El ser humano se veía ahora forzado a la búsqueda de la verdad perdida.

¹ Ortega y Gasset, J., *Origen y epílogo de la filosofía*, O.C., IX, Revista de Occidente, Madrid, 1965, pp. 352-353.

² Decía René Bissières que en el manejo cotidiano de nuestra vida estamos seguros de muchas cosas. Pero una vez salimos de ese ámbito ordinario sabemos muy poco y tenemos muchos motivos de vacilación. “Si se ahonda un poco se tiene la impresión de no estar seguro de nada, y el mismo sabio, o el militante, o incluso el creyente si es que se conforma con la fe del carbonero, finalmente no sabe gran cosa”. *La búsqueda de la verdad*, Labor, Barcelona, 1968, p. 1

³ Pero no han sido los únicos; es obligado recordar que otros hombres y desde perspectivas diferentes también han indagado sobre el ser de las cosas, y, en definitiva, sobre la verdad: “el matemático, el físico, el biólogo, el historiador...”, Ortega y Gasset, J., *En torno a la Galileo*, O.C., V, Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 83.

⁴ Ortega y Gasset, J., *Origen y epílogo de la filosofía*, cit., pp. 385-386, explica que el pensar no es sino “algo así como un desnudar, des-cubrir, quitar un velo o cubridor, re-velar (=desvelar), des-cifrar un enigma o jeroglífico. Esto es literalmente lo que significaba en la *lengua vulgar* el vocablo *a-létheia* —descubrimiento, patentización, desnudamiento, revelación. (...) En tanto que *alétheia*, nos aparece, pues, la filosofía como lo que es —como una faena de descubrimiento y descifre de enigmas que nos pone en contacto con la realidad misma y desnuda. *Alétheia* significa *verdad*” (cursivas del autor).

Salir en busca de la verdad es una aventura excitante y turbadora que nos sobrecoge y nos desborda. Y ello porque esa descomunal pregunta sobre la verdad emerge desde la entraña misma del espíritu del hombre, desde el tuétano de nuestra conciencia. Es un gesto vital, existencialmente inevitable que acontece en el hombre tan pronto como adquiere conciencia de sí mismo e incerteza sobre su destino. El incontenible anhelo humano por conocer la verdad ha desembocado en una monumental panoplia de mitos, leyendas mágicas, religiones, filosofía, ciencia... caminos todos ellos que dan cuenta del denodado esfuerzo del hombre en su búsqueda de la verdad.

La vida del hombre es esencialmente incertidumbre, y en ella se fragua esa encrucijada de la trayectoria vital que es la duda. Este vocablo —duda— proviene del latín *dubitare*; *dubius* es el que vacila, y el término viene de *duo*, dos, pues se trata de la presencia de dos tesis alternativas que, con cierta coquetería intelectual ambas proclaman ser la verdad, y se exhiben ante nosotros para demandar nuestra adhesión; todo un reto trascendental que coloca al hombre en la tensión vital e intelectual de decidir, es la que se ha llamado *tensión veritativa*⁵. Esa dualidad a que alude la etimología del vocablo *duda* supone la coexistencia de dos opciones incompatibles que incitan a una elección decisoria y perentoria. Tal dualismo pertenece precisamente a la esencia del proceso que es un espacio de confrontación de dos partes litigantes que exponen dos enunciados fácticos que se presentan como verdaderos y de entre los cuales el juez ineludiblemente ha de elegir uno, elección a la que habrá precedido un instante de vacilación, esto es, de oscilación entre las dos opciones posibles.

En este sentido, decía Ortega que “la duda es *fluctuación* del juicio, es decir, braceo desesperado entre olas —*fluctus*”⁶. Y el mismo filósofo también afirmaba que la duda —y por ende, añadido yo, la incertidumbre— “pertenece al mismo estrato que está en la arquitectura de la vida”⁷. Por eso he dicho antes que la incertidumbre es radicalmente constitutiva del ser humano; de ella decía Voltaire que era “la perpetua herencia del hombre”⁸. No puedo concebir una existencia, una vida, en la que tuviéramos la fortuna de gozar *ab initio* del conocimiento de la verdad. Ocurre que entonces no seríamos hombres. Acaso la verdad es anterior al hombre mismo. Es probable que ya estuviese ahí cuando la especie humana apareció sobre la faz de

⁵ Tuzet, G., *Filosofía de la prueba jurídica*, trad. Diego Dei Vecchi, M. Pons. Madrid, 2021, p. 83.

⁶ Ortega y Gasset, J., *Origen y epílogo de la filosofía*, cit., p. 417.

⁷ Ortega y Gasset, J., *Ideas y creencias*, O.C. t. V, p. 392.

⁸ Citado por Domingo Giuriati, *Los errores judiciales. Diagnóstico y remedios*, trad. A. Posada, La España Moderna, Madrid, 1898, p. 312.

la tierra en un escenario, en un entorno vital que preexistía desde millones de años antes.

Resulta curioso, y hasta paradójico- que haya sido el ejercicio efectivo de la duda el que haya propiciado el hallazgo de una primera y radical verdad. Me estoy refiriendo al *Pienso, luego existo* de Descartes. El filósofo halló en el cultivo de la duda metódica la prueba certera de su propia existencia; con aquel método fue descartando toda cuanto cosa aparentaba existir pero que podía ser a la postre incierta. Y en esa acción continuada se encontró a sí mismo preguntándose, dudando —que es un quehacer esencialmente humano— y ese esfuerzo intelectual, esa actitud le llevó al descubrimiento de una verdad incontestable: yo soy quien dudo, yo, quien pienso; mi pensamiento no tiene existencia autónoma, depende y proviene de mí, luego, sin duda alguna, yo existo; esa es la primera verdad que puedo afirmar.

Nos gustaría que la verdad fuese el eco de las preguntas lanzadas al fondo oscuro del pozo de la ciencia y del saber, allí donde, según la mitología romana, habitaba la diosa Veritas. Mas no es así; a veces esa hondura, esa concavidad llena de misterio, nos devuelve el eco confuso y distorsionado de nuestra propia pregunta.

Precisamente porque la vida del hombre es constitutivamente incertidumbre, desde muy pronto se ha revelado su milenaria preocupación por la verdad; puede decirse que, de modos diversos, vivimos esforzados en su búsqueda. Aspiramos a vivir *de veritate gaudium*, del gozo de la verdad.

Es incierto el futuro, lo que nos ha de acontecer, es decir, el por-venir. Pero también puede hablarse de incertidumbre respecto del pasado en la medida en que este ni es plenamente abarcable por la memoria, ni podemos asegurar que todo recuerdo sea exacto ni que la memoria sea fiel a los hechos pasados; en toda reconstrucción memorística hay lagunas, distorsiones, transferencias y solapamiento de recuerdos de modo que estos se mezclan, se sobreponen unos a otros como láminas traslúcidas y producen falsos recuerdos; nuestra memoria de lo pasado queda así desvirtuada. La psicología del testimonio nos ha enseñado mucho en este terreno.

Debemos ser conscientes de que el conocimiento de la verdad es empresa difícil. La experiencia común nos enseña que un mismo acontecimiento puede ser descrito de modo diferente por varios sujetos que de igual hecho han podido experimentar percepciones diversas, todas ellas tenidas por verdaderas. Decía Borges que la realidad es tan compleja que un observador

omnisciente podía escribir un número indefinido de biografías del mismo hombre⁹.

Pero si la cuestión de la verdad es de progenie filosófica, diremos con Carlo Furno que es un error creer que la verdad es “siempre y exclusivamente un problema de pura índole filosófica¹⁰”. En la perspectiva filosófica, la búsqueda de la verdad, importa en sí misma; en el ámbito jurídico, sin embargo, la verdad importa en cuanto medio, por su valor funcional de medio para el logro de un fin. Es lo que acontece, como luego veremos, en el ámbito del proceso. Ocurre, por otra parte, que el problema de la verdad, que inicialmente se nos aparece envuelto en extraordinaria dificultad, es de dimensión más reducida en el ámbito jurídico-procesal¹¹.

Y una última indicación. No obstante la diversidad de función que la verdad desempeña en la filosofía y en el proceso, podemos atisbar algunos aspectos de coincidencia tangencial. Por ejemplo, la verdad requiere, las más de las veces, de una búsqueda, no sobreviene por sí misma, inesperadamente como un rayo que nos hiere e ilumina, según dicen que le ocurrió a Saulo, Pablo de Tarso. No, la verdad es una diosa esquiva que no se entrega a cualquiera, sino a quien afanosamente va tras de ella. La verdad, toda verdad, ya sea en el ámbito filosófico, ya en el jurídico, requiere, pues, de una búsqueda. Y si esta afirmación vale para el quehacer filosófico, puede decirse que es propia también la de la verdad judicial. Decía Gorphe a este respecto que “la verdad judicial no se deja alcanzar de una sola vez; es el resultado de un amplio examen de las razones en pro y en contra”¹².

La verdad siempre habita a una cierta distancia de esa encrucijada que llamamos duda. La actividad probatoria que se lleva a cabo en el proceso no es sino un ejercicio de búsqueda de la verdad. No olvidemos que —como ya se ha dicho— la diosa Veritas habitaba en el fondo de un pozo, y, en la iconografía de esta deidad, Debat-Ponsan (1898) la representa saliendo de un pozo mientras tratan de impedirse un noble enmascarado y un clérigo.

⁹ Borges, J.L., *Otras inquisiciones*, Destino, Barcelona 2007, p. 206.

¹⁰ Furno, C., *Teoría de la prueba legal*, edición al cuidado de C.A. Agurto Gonzáles, S.L. Quequejana Mamani, B. Choque Cuenca, Olejnik, Chile, 2022, p. 21.

¹¹ Escribe Bernalas Rojas, G., en “El derecho a la verdad”, *Estudios Constitucionales*, año 14, n° 2, 2016, p. 276: “Así, el conocimiento de la ‘verdad’ constituye un desafío de difícil solución, pero en el ámbito del ‘Derecho’ y del ‘Proceso’ tiene una dimensión mucho más acotada que permite entregar una solución viable, y a la vez necesaria, a la convivencia humana, buscando que el tribunal alcance convicciones acerca de cuál es la verdad”.

¹² Gorphe, F., *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense*, pról. L. C. Ramírez Eizaquirre, edición al cuidado de la misma prologuista y de B. Choque Cuenca, Ara, Olejnik, Santiago (Chile), 2018, p. 169.

Hemos dicho antes que la vida es incertidumbre y es esta condición la que nos empuja a buscar la verdad. Pues bien, el proceso jurisdiccional es también fuente de incertidumbre. Salvo contadísimas excepciones, todo litigante, por más esperanzas que tenga, se ve envuelto en una inquietante expectativa sobre el resultado final del proceso, el de las pruebas, propias y del contrario, y la valoración que, al cabo, haga el juez al tiempo de decidir. Ni demandante ni demandado pueden anticipar su resultado favorable o adverso. Pero es que también para el juez —y esta es la dimensión que nos importa ahora— el proceso es incertidumbre porque desconoce cuál de los dos enunciados fácticos, el del actor o el del demandado, es verdadero. El juzgador se encuentra ante una bruma que le oculta o le estorba la visión de la verdad acerca de los hechos. Necesita despejar esa niebla para que aquellos aparezcan ante él nítidos, como en verdad son, ya que constituyen la premisa menor del silogismo judicial. Esta situación coloca al juez en estado de apetencia por la verdad.

Pero dejemos el plano filosófico. La verdad que nos interesa es de otro orden, es la verdad en el proceso civil. De todos modos, antes de abandonar los dominios de la filosofía sí debemos dar cuenta, muy someramente, de las teorías que en torno a la verdad se debaten en aquella disciplina. Suelen reducirse a tres las teorías que tratan de abordar el concepto de *verdad*. La de la correspondencia, la de la coherencia y la pragmática¹³. No es el momento de entrar en la exposición de cada una de ellas; me limitaré a adelantar que para los fines del derecho procesal —el que ahora nos importa—, la primera, esto es, la de la correspondencia, que es de progenie aristotélica, es la que nos interesa, porque se ajusta a la tarea que lleva a cabo el juez en el curso de la actividad probatoria¹⁴. Puesto que, a tenor de la misma, un

¹³ Sobre las teorías coherentistas y pragmáticas, puede verse Zamora Bonilla, J., *Sacando consecuencias. Una filosofía para el siglo XXI*), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 102-107. También, Gascón Abellán, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, M. Pons, Madrid, 1999, pp. 53 a 63. Para esta autora, las tesis coherentistas y pragmáticas no solo presentan dificultades en el plano epistemológico general, sino otras adicionales desde la perspectiva de la epistemología judicial como son los “planteamientos contraintuitivos que, además, no se adecúan al objetivo del proceso de fijación judicial de los hechos” (p. 64).

¹⁴ La teoría de la correspondencia es debida a Alfred Tarsky; es también denominada “‘concepción semántica de la verdad’, porque se funda en el vínculo que existe entre nuestro pensamiento, expresado a través del lenguaje, y lo que ocurre fuera del lenguaje, en la realidad”. Vid. Alberto Etala, C., *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*, M. Pons, Madrid, 2016, p. 343.

enunciado es verdadero si lo que dice se corresponde con los hechos^{15/16}. Por su parte, Taruffo, de acuerdo con la citada teoría, explica que “la verdad es el resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo”¹⁷.

Completemos este postulado con lo que dice Giovanni Tuzet: “La verdad reside en el pensamiento o en el lenguaje, mientras que la medida de la verdad está en el ser o en la cosa de la que se habla”¹⁸, y esta medida consiste en un juicio de correspondencia entre lo que afirmamos y la realidad empírica del hecho a que nuestra afirmación se refiere.

II. LA VERDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PARTES

La Constitución española proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Siempre me he preguntado por qué no figura entre ellos la verdad ¿Acaso puede haber efectiva libertad sin verdad? ¿Puede ser libre quien no conoce la verdad? ¿No ha reparado el constituyente en el hecho de que la verdad es presupuesto de la justicia? Creo que puede atribuirse al valor-verdad significación y contenido jurídicos; basta una somera incursión en el mundo del Derecho para tomar conciencia de la importancia de la verdad en ámbitos diversos de lo jurídico, en el Derecho civil, en el Derecho penal, en el Derecho procesal. Aún más, la verdad no es solo un valor de carácter moral, “requisito esencial de la integridad intelectual del hombre”, como dijo Taruffo, sino que, para este mismo autor, la verdad es un valor de carácter

¹⁵ Zamora Bonilla, J., *Sacando consecuencias* cit., p. 102. Corresponde al realismo definir la verdad por la adecuación entre el pensamiento y la cosa. Vid. García Morente, M., *Lecciones preliminares de filosofía*, Losada, Buenos Aires, 1968, p. 130.

¹⁶ En esta acepción tiene un destacado papel el lenguaje, “la capacidad de las palabras para expresar con claridad el pensamiento y para reflejar con precisión las cosas”, Nubiola, J., “La búsqueda de la verdad”, *Humanidades: revista de la Universidad de Montevideo*, núm.1, 2002, p. 28.

¹⁷ Taruffo, M., *La prueba*, trad. de L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán M. Pons., Madrid, 2008, p. 27. Y más adelante dice: “El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de ‘los hechos de la causa’” (pp. 28-29).

Achard Brito del Pino, F., “Panorama actual sobre la prueba y verdad en el proceso”, *Revista Uruguaya de Derecho procesal* 1-2, 2019, p. 314 escribe: “Intentando esbozar una definición de la teoría de la verdad como correspondencia en el contexto del proceso, podemos decir que la misma implica la coincidencia entre un hecho efectivamente acaecido en la realidad (hecho jurídica o lógicamente relevante) y un enunciado que lo describe en el proceso (enunciado como conjunto de símbolos que pretenden comunicar algo)”.

¹⁸ Tuzet, G., *Filosofía de la prueba...* cit., p. 76

político como parte constitutiva de la democracia liberal, en cuanto que —y es urgente y oportuno recordarlo hoy— “el poder democrático debe basarse, para ser tal, en un ‘pacto de verdad’ con los ciudadanos”¹⁹. Y añade, “si se tienen en alta estima los valores de la democracia es necesario tener también en estima a la verdad”²⁰.

Pero con independencia de su eventual contenido jurídico y político, es preciso destacar que la verdad, o mejor, la exigencia de verdad, tiene una indiscutible densidad axiológica.

Mas si la verdad no aparece en el repertorio de valores superiores que la Constitución proclama, conviene meditar sobre la tesis de la concepción de la verdad en el proceso como derecho fundamental de las partes —el derecho a la verdad de los hechos— que postula Ureña Carazo, para quien se trata de un derecho que adquiere sentido y vigencia dentro del marco del derecho a un proceso justo y de una perspectiva garantista del proceso; en este sentido se afirma la verdad como “un derecho fundamental de las partes que supera los estrictos límites del proceso y que se configura, así, como una categoría autónoma en la actividad probatoria”. Es, en suma, un derecho a la verdad “como derecho *previo, sine qua non*, que legitima a los demás derechos”. La preexistencia de tal derecho de las partes funda el deber del juez de motivar su decisión sobre los hechos que sirven de apoyo a su decisión²¹.

III. FINALIDAD DE LA PRUEBA Y OBJETO DEL PROCESO

Explica Taruffo que la determinación de la finalidad de la prueba depende de la concepción que se tenga acerca de cuál sea el objeto del proceso²²:

- Hay una concepción que responde al modelo adversarial estadounidense; es la perspectiva del denominado *decisionismo procesal*, que entiende el proceso como una forma de resolución de un conflicto entre partes, donde lo relevante es, al modo deportivo, que al final

¹⁹ Taruffo, M., “Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos”, en *Páginas sobre justicia civil*, trad. M. Aramburu Calle, M. Pons., Madrid, p. 418. Vid. también *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino Scagliotti, M. Pons, Madrid, 2010, pp. 111-114.

²⁰ Taruffo, M., *Simplemente la verdad...*, cit., p. 113.

²¹ Ureña Carazo, B., *Derechos fundamentales procesales*, pról. J. A. del Real Alcalá, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 231-237.

²² Vid. Gascón Abellán, M., “Concepciones de la prueba. Observación a propósito de ‘Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad’, de Michele Taruffo”, *Discusiones*, núm.3, 2003.

haya un vencedor y un vencido, y vence quien logra convencer al juez. La resolución final del caso deriva fundamentalmente de las propias reglas del juego: el tribunal proclamará vencedor a quien más puntos haya conseguido. El juez es mero árbitro. “Victoria y derrota —dice Taruffo— son establecidas por los hechos que han ocurrido en el curso de la competencia, no por la aplicación de *criterios de decisión* autónomos por parte del árbitro”²³. En cierto modo, subyace la idea de que el conflicto puede resolverse sin necesidad de descubrir la verdad de los hechos; no es que se descarte, pero no se prioriza. Este sistema adversarial se corresponde con una concepción persuasiva de la prueba en cuanto actividad enderezada no tanto a la averiguación de los hechos como a lograr la convicción del juez para que falle de una u otra forma. Aún más, el citado profesor italiano afirma que “el *adversarial system* no está estructuralmente orientado a la búsqueda de la verdad”²⁴.

- Otra concepción del proceso, propia del *civil law* —que prima entre nosotros— es la que ve en aquel un modo de aplicar la ley mediante una decisión justa, y esta solo puede estar basada en el conocimiento de la verdad de los hechos objeto del debate. Se corresponde con el enfoque conocido como *cognoscitivismo racional* garantista. Se trata, fundamentalmente, de que el conflicto se resuelva mediante resoluciones justas y válidas; para ello, es necesario que el juez conozca los hechos que sirven de fundamento a la aplicación de la norma, es decir, se hace preciso que el juez compruebe la verdad de los hechos. De ahí que Taruffo concluya por decir que el proceso “debe ser entendido como un método epistémico, finalizado en la comprobación de la verdad en base a las pruebas que en este se adquieren”²⁵. En este

²³ Taruffo, M., *Hacia la decisión justa*, pról. R. González Álvarez, trad. C.E. Moreno More, Zela, Lima (Perú) CEJI, Méjico, 2020, pp. 183 a 189.

²⁴ Taruffo, M., *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, trad. M. Aramburu, Palestra, Lima (Perú), 2012, p. 68.

También en esta línea Achard Brito del Pino, F., *Panorama actual sobre la prueba...*, cit. pp. 316-317; la concepción persuasiva de la prueba, esta “tendrá una función meramente retórico-persuasiva, en donde no se busca averiguar los hechos efectivamente acaecidos, sino que se intenta convencer al juez de fallar de una u otra manera. La persuasión retórica no tiene fundamentos racionales, sino que apela al conocimiento psicológico del intérprete”.

²⁵ *Hacia la decisión...*, cit. p. 194. Vid. también, Rivera Morales, *La prueba: un análisis racional y práctico*, L.M. Bujosa Vadell, M. Pons, Madrid, 2011, pp. 34-36. Respecto de la teoría del *cognoscitivismo racional garantista*, explica que parte “de la tesis del proceso como instrumento orientado a la búsqueda de la verdad. Esta verdad se forma en una participación democrática de las partes. Y no se trata de una verdad formada en el interior del juez, por su íntima convicción.

caso, la prueba responde a un modelo cognoscitivista que la concibe como instrumento de conocimiento²⁶.

IV. PRUEBA Y VERDAD; ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

La relación entre proceso y verdad viene de muy atrás. Si nos fijamos, el proceso, y en lo que a la prueba concierne, se puebla de derivados de los vocablos latinos *veritas* o *verus*: averiguar, verosímil, advenir, veredicto. Pero ¿a qué llamamos verdad, o mejor, de qué verdad hablamos cuando la convocamos al proceso? La pregunta es de todo punto pertinente y relevante dado que gran parte de la actividad procesal, tal vez la más decisiva, que es la prueba, está dirigida al conocimiento de la verdad de los hechos en que se sustenta el conflicto, una verdad que, sustituyendo al estado inicial de incertidumbre, sirva de sustento a una decisión justa.

En un principio, entre los procesalistas del siglo XIX era frecuente decir que la prueba tenía por objeto la averiguación de la verdad, postulado sobre el que no se planteaba polémica alguna. Prueba y verdad aparecían estrechamente vinculadas. El propio Bentham sostenía un concepto netamente funcional o instrumental de la prueba, pues esta era entendida, sencillamente, como “un *medio* que se utiliza para establecer la verdad²⁷”. También el tratadista italiano Ricci comparte esta idea cuando escribe que la prueba es “un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad²⁸”. En ello insistirán Domat²⁹, Del Giudice y Gianturco³⁰. Y Antonio Dellepiane sostiene que la tarea del juez se dirige a encontrar la verdad; solo de esa forma podrá decirse “que toda sentencia, para ser teni-

En realidad, la verdad se forma en el debate contradictorio de las hipótesis propuestas mediante la contrastación de los elementos probatorios con la realidad”.

²⁶ Achard Brito del Pino, F., “Panorama actual sobre la prueba...”, cit., p. 316.

²⁷ Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. M. Ossorio Florit, Comares, Granada, 2001, p. 22.

²⁸ Ricci, F., *Tratado de las pruebas*, Analecta Editorial, Pamplona, trads. A. Buylla y A. Posada, 2005, p. 22. En p. 17, adopta otra perspectiva al apuntar que los medios probatorios tienen por objeto “provocar y producir en el ánimo del juez el convencimiento de un hecho dado”.

²⁹ Para este autor, la prueba judicial es el medio regulado por la ley para descubrir y establecer con certeza la verdad de un hecho controvertido. Tomo la cita de Serra Domínguez, M., “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 356, notas 2 y 4 a pie de página. Vid. también en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dr. M. Albaladejo, T.XVI, Edersa, Madrid, 1981, p. 8, nota 16 a pie de página.

³⁰ También en este caso la cita es de Serra Domínguez, en loc. cit. Según Del Giudice, la prueba es el medio que el legislador, según el fundamento de la lógica y de la experiencia, reputa apto para confirmar la verdad de los hechos civiles; en opinión de Gianturco, la prueba estaría constituida por los hechos demostrativos de la verdad de las acciones o de las excepciones.

da por justa, debe ser expresión fiel de la verdad”³¹. De igual modo Bonnier, en su clásico tratado sobre la prueba, dice ya al comienzo de su obra: “Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”³².

En suma, en el campo de la doctrina era tesis pacífica admitir que la finalidad de la prueba era la averiguación de la verdad.

Pero pronto empiezan a aparecer los primeros signos de inconformidad cuando se advirtió que en ocasiones la verdad, la verdad histórica, la “verdadera verdad” no era la que llegaba al proceso; así ocurría, por ejemplo, cuando se admitía como tal lo que resultaba de la aplicación de las reglas de prueba tasada, de modo que esta abocaba a una suerte de verdad preestablecida por el legislador; en otros casos, también valía como verdadero el hecho que resultaba de la conformidad de las partes. Ante esta situación, la doctrina acudió a la distinción entre *verdad material* y *verdad formal*. La primera sería lo acontecido fuera el proceso, la verdad o realidad histórica. La verdad formal, por su parte, sería una verdad convencional, una verdad de valor meramente procesal, surgida de las propias reglas del proceso, pero que no tenía por qué coincidir con la realidad histórica. Entonces se rectificó el ángulo de enfoque para concluir que el fin de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso civil no era, en rigor, la verdad histórica o material, sino la que se denomina verdad formal.

Frente a aquella tendencia a definir la prueba en función de la verdad, se alzó la autoridad de Carnelutti para decirnos que la búsqueda de la verdad en el caso particular no es la finalidad del proceso; o dicho de modo más concreto, no es función de la prueba el hallazgo de la verdad, sino la fijación de los hechos que definen el núcleo fáctico del conflicto. A la vez, el maestro italiano se pronuncia en contra de la distinción entre verdad material y verdad formal, porque entiende que la verdad no puede ser más que una, y sentada esta premisa formula su conocida frase: “La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad”. En definitiva, pues, el proceso, no puede ser considerado como un medio para el conocimiento de los hechos, sino

³¹ Dellepiane, A., *Nueva teoría de la prueba*, Olejnik, Santiago (Chile), 2017, p. 29.

³² Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho civil y en Derecho penal*, trad. J. Vicente y Caravantes, Olejnik, Santiago (Chile), 2020, p. 23.

para su fijación o determinación³³. Esta sería, pues, la tarea específica de la prueba³⁴.

A la rotunda y radical aseveración de Carnelutti, responde Furno, a mi juicio certeramente, poniendo de manifiesto que si al agua de los estanques y de los pozos, aun no siendo pura, la llamamos agua, acontece lo mismo con la verdad; en el uso normal del lenguaje no cambiamos el vocablo aun cuando, conceptualmente, no pueda identificarse con lo verdadero absoluto³⁵. Y el mismo autor nos propone una nueva concepción: la de la *verdad suficiente*; parte de la idea de que el conocimiento humano, en todos los ámbitos del saber, no debe aspirar, por ilusorio, a una verdad absoluta, sino que ha de conformarse con un cierto grado de certidumbre, con una verdad suficiente³⁶.

Dadas las dificultades que planteaba la esquivada concepción de la verdad y su entronización como objeto de la prueba, un sector de la doctrina decidió abandonar esta orientación. Es la tendencia que se ha dado en llamar *verifobia*. Entre nosotros encarna esta postura Montero Aroca que invita al “humilde abandono de la verdad” como objetivo de la prueba; tal aspiración —dice el citado autor— es demasiado ambiciosa, en definitiva, un “mito” con el que se debe acabar³⁷.

³³ Carnelutti, *La prueba civil*, Ap. de Giacomo P. Augenti, trad., N. Alcalá Zamora y Castillo. Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 20-25 (la cursiva es del autor).

³⁴ Wach, A. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. S. Sentís Melendo, Ara, Lima (Perú) Olejnik, Santiago (Chile), 2016, también sostiene, por su parte, que la comprobación de la verdad no es la finalidad del proceso civil en cuanto que su resultado es contingente; pp. 147-148: “La verdad material solo es imaginable como finalidad del proceso en un procedimiento oficial, esto es, en un proceso que no sólo da margen a una reconstrucción de hecho sino que establece la ‘máxima de la libre investigación como un deber oficial de los órganos del Estado. Y ello sólo puede suceder cuando el objeto del proceso es de interés público. En el proceso civil, la naturaleza jurídico-privada de este objeto elimina la ‘máxima de libre investigación’, con esto, la finalidad del proceso consiste en la comprobación objetiva del verdadero estado de cosas”.

³⁵ Furno, C., *La teoría de la prueba...*, cit., p. 28.

³⁶ En el ámbito del proceso, dice Furno- ob. cit., p. 114, “no se trata de obtener datos de valor universal y absoluto, sino tan solo de perfilar la figura histórica concreta de un conjunto de circunstancias, de importancia jurídica, y la experiencia aconseja que se utilice para esta tarea el interés que los propios litigantes tiene en el accertamiento de los hechos que han de constituir la base histórica de la decisión que piden”.

³⁷ Montero Aroca, J. “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 23 a 29. Taruffo —*La prueba* cit., p. 26, nota 47—, tiene por poco fiable este argumento escéptico; dice que este “abandono humilde de la verdad, al que se refiere Montero Aroca pensando en la verdad absoluta, en realidad no es una tragedia, ya que ninguna verdad, sea judicial o no, es absoluta”.

Varias son las razones que llevan a este autor a prescindir de la verdad como propósito de la prueba en el proceso:

- Los hechos no afirmados por las partes no existen para el juez.
- Los afirmados por ambas partes o afirmados por una y admitidos por la contraria se imponen al juez.
- Respecto de los hechos controvertidos, el juez civil no lleva a cabo una labor investigadora, sino meramente verificadora. Y esta tiene lugar solo respecto de los hechos que propongan las partes, y no de cualquier forma, sino solo por el procedimiento previsto en la ley, de modo que no todo vale, pues se proscriben la prueba ilícita³⁸.

En suma, en opinión de Montero, “la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil (...) la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal”³⁹. De ahí que termine por definir la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”⁴⁰.

También Serra Domínguez prescinde de considerar que la verdad sea el objeto de la prueba y pone de relieve que “hasta tanto no se ha desterrado de la investigación el término verdad, no han podido conseguirse resultados satisfactorios”⁴¹. En suma, puesto que la verdad no llega al proceso, entiende que la idea de la verdad como fin de la prueba debe ser abandonado para siempre⁴².

Con este arrumbamiento de la verdad como objetivo final de la prueba, la doctrina tomó otro camino. Dirigió entonces la mirada hacia la que aparece como aspiración práctica de la actividad probatoria: lograr la convicción del juez. Esta formulación se asienta en una perspectiva propia de las partes y viene a atribuir a la prueba una función eminentemente persuasiva.

³⁸ Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 109-111.

³⁹ “Nociones generales...” cit., p. 25.

⁴⁰ “Nociones generales...” cit., p. 29.

⁴¹ Serra Domínguez, M., “Contribución al estudio ...”, cit., p. 356.

⁴² Serra Domínguez, M., “Contribución al estudio...”, cit. p. 357.

Ese punto de vista ha gozado de una amplia aceptación por parte de autores como Goldschmidt⁴³, Guasp⁴⁴, Prieto-Castro⁴⁵, Chiovenda⁴⁶, Quintus Mucius Sacevola⁴⁷, Furno⁴⁸, Gorphe⁴⁹. Resumamos la posición de estos autores con palabras del citado Goldschmidt: “El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez. Siendo la *verdad* que se persigue solo relativa, es decir, simple *verosimilitud*, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno subjetivo: el convencimiento del juez”^{50/51}. ¿Y a qué llamamos convicción de la verdad en el juez? Pues a aquella “adhesión firme al reconocimiento de esa verdad como suficientemente probada”⁵².

V. LA PRUEBA TIENE POR OBJETO EL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD

Frente a la tendencia de aquellos autores que abdican de la idea de verdad como objetivo de la actividad probatoria, y en una reacción pendular de esta materia, un destacado grupo de procesalistas trata de recuperar de nuevo la idea de la verdad como referencia inexcusable de la prueba, con la particularidad de que terminará por establecerse una importante vinculación de aquella con las exigencias de justicia de la decisión judicial. Podemos decir entonces que la verdad es recobrada como elemento axial de la

⁴³ Goldschmidt, J., *Derecho procesal civil*, trad. L. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, p. 255: “Las pruebas se destinan a convencer al juez de la verdad”.

⁴⁴ Guasp, J., *Derecho procesal I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 321; entiende por prueba, “el acto o serie de actos procesales por los que se trate de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”.

⁴⁵ Prieto-Castro, L., *Derecho procesal civil I*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, P. 395: “Prueba es la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso”.

⁴⁶ Chiovenda, J., *Principios de Derecho procesal civil, II*, trad. J. Casais y Santaló, notas de A. Salvador Bosque, Reus, Madrid, 2000, p. 296: “Probar significa formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso”.

⁴⁷ Quintus Mucius Sacevola, *Código Civil*, T.XX, revisado por P. Marín Pérez, Reus, Madrid, 1958, p. 296: “A la convicción que forma el juez, se le llama prueba”.

⁴⁸ Furno, C., *Teoría de la prueba* cit., p. 26: “...en el proceso de cognición la prueba sirve para convencer al juez de la certeza de los hechos que son fundamento de la relación o del estado jurídico litigioso”.

⁴⁹ Gorphe, F., *Las resoluciones judiciales...*, cit., p. 155: “Las pruebas no son sino procedimientos admitidos para convencer a los jueces de la verdad de los hechos alegados, de los cuales dependen las consecuencias jurídicas”.

⁵⁰ Goldschmidt, J., *Derecho procesal...*, cit. 256.

⁵¹ No está de acuerdo con esta tesis Montero Aroca, *Los principios políticos...*, cit., p. 114, pues la afirmación de que el objeto de la prueba es lograr la convicción judicial es incompatible con la existencia de normas legales sobre valoración de la prueba.

⁵² Gorphe, *Las resoluciones judiciales...*, cit. p. 156.

resolución judicial en cuanto que esta debe basarse en hechos verdaderos como presupuesto necesario de una decisión justa.

Resume la idea de esta orientación doctrinal Ferrer Beltrán al destacar que la prueba tiene como función “determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia”, por eso, “puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos”⁵³.

La cuestión de la prueba es poliédrica. Es cierto que, la actividad probatoria procura la fijación de hechos en el proceso, y también lo es que la prueba llevada a cabo por cada parte aspira a hacerse con la convicción del juez, a imbuirle de la certeza de su relato. Pero estas aseveraciones no pueden desplazar a la verdad como destino propio y primario del quehacer probatorio. Aún más, no son incompatibles con el entendimiento de la prueba como búsqueda de la verdad, pues de lo que se trata es de que los hechos que hayan de fijarse en el proceso y que han de conformar la convicción del juez, sean hechos ciertos y no falsos⁵⁴.

También es cierto que hay hechos que en sí mismos son portadores de un contenido jurídico, pero ello no les priva de su primaria dimensión empírica. Esta es —dice Taruffo— la que nos importa cuando hablamos de actividad probatoria y, en esta dimensión, las afirmaciones que se hagan en torno a ellos son ciertas o falsas. Y lo que persigue la prueba es determinar

⁵³ Ferrer Beltrán, J. *Prueba y verdad en el derecho*, pról. M. Taruffo, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 80-81. Al final de la obra, p. 113, y a modo de conclusión, escribe: “lejos de ser necesario *desterrar* la noción de verdad para obtener frutos en el análisis de la noción de prueba, es imprescindible comprender adecuadamente la relación entre ambos conceptos para captar muchos de los aspectos problemáticos que rodean al segundo en el ámbito del Derecho. Otra cosa es que la prueba de una proposición sobre un hecho no exija la verdad de la proposición. ¡Pero de que la prueba y la verdad no sean hermanas no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco!”.

⁵⁴ Escribe Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...* cit., p. 79: “Si el objeto de la prueba son los enunciados sobre los hechos formulados por las partes, parece claro que la convicción, la certeza o cualquier otra actitud mental del juez que se quiera plantear como finalidad de la prueba deberá estar referida a esos enunciados. De este modo, no veo otra posibilidad que sostener que la certeza o la convicción del juez verse sobre la verdad del enunciado. Esto, por supuesto, no supone afirmar la relación conceptual entre la prueba y la verdad, pero permite observar que aquellos autores que, sosteniendo tesis como las presentadas en el epígrafe anterior, han pretendido ‘desterrar’ la noción de verdad del análisis de la prueba están abocados necesariamente al fracaso, puesto que sus propias tesis acaban vinculando (aunque más indirectamente) ambas nociones”. Rivera Morales, *La prueba...* cit. p. 42, por su parte, afirma: “Nos mostramos partidarios de la tesis de que en el proceso es posible alcanzar la verdad. Es más, consideramos que si bien es cierto que el proceso es un instrumento para mantener la paz y la convivencia social, no es su única finalidad, sino que la búsqueda de la verdad está conexas con la justicia, la alteridad, la paz, la seguridad jurídica y la racionalidad humana”.

su verdad o falsedad⁵⁵. El juez precisa conocer la verdad⁵⁶ de los hechos porque solo mediante el conocimiento verdadero puede llegarse a una decisión justa.

De lo dicho se desprenden dos importantes consideraciones sobre las que repetidamente insistirá Taruffo. La primera es la relativa a la función epistémica de la prueba, en cuanto instrumento del que el juez se sirve para conocer la verdad relativa a los hechos afirmados⁵⁷. En el curso del proceso, tiene lugar una tarea de cognición por parte del juez; para que este pueda resolver la contienda entre partes debe conocer los hechos que son la causa del litigio y la norma que ha de aplicarse. Para que el tribunal pueda juzgar ha de conocer. Sin conocer no es posible juzgar⁵⁸.

Ahora bien, hay que advertir que, en el proceso civil, al juez no le incumbe salir en busca de la prueba ni tener en cuenta otra realidad que la que las partes le han acotado. La prueba de lo afirmado le ha de ser propuesta porque sobre los litigantes pesa la carga de acreditar la verdad de sus respectivos enunciados no admitidos por la contraria; el juez se mantiene “en una posición de espera pasiva” que es garantía de su imparcialidad⁵⁹. De

⁵⁵ Taruffo, M., *La prueba* cit., p. 19: “Las proposiciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas, por lo tanto son el objeto apropiado de la prueba judicial, concebida como el medio para establecer la verdad de los hechos en litigio”.

⁵⁶ Desde una perspectiva epistémica, no hay diferencia sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial, dice Taruffo. La verdad judicial es buscada de la misma manera y con los mismos medios que la verdad en acontecimientos de la vida cotidiana, esto es, mediante testimonios, documentos, grabaciones, argumentos inferenciales. Vid. Taruffo, M., *La prueba*, cit. p. 25.

⁵⁷ Taruffo, M. *Hacia la decisión...*, cit., p. 194. Respecto del proceso penal, dice Andrés Ibáñez, P., “‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de “hechos””, *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, p. 395: “...la pena tiene que haber sido precedida de una actividad de carácter cognoscitivo, de un estándar de calidad tal que permita tener como efectivamente producido en la realidad lo que se afirma como tal en los hechos que se dicen probados. Es decir, que es *verdad* que Fulano realizó la acción por la que se le condena”. Y añadirá luego que “su *validez* est[á] subordinada a la *verdad* de los enunciados fácticos” (las cursivas son del autor).

⁵⁸ Rivera Morales, R., *La prueba: un análisis...*, cit., pp. 38-39: “En el proceso de enjuiciamiento es obvio que para juzgar se debe conocer. (...) Se trata de conocer para juzgar. Lo que interesa en esta tesis es manifestar que en el proceso, cualquiera que sea, ocurre un proceso de conocimiento y que este se desarrolla en una relación dialéctica con los sujetos procesales”.

En este sentido, también apunta Calamandrei, “El juez y el historiador”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 117: “Así el juego de esta contraposición de fuerzas individuales que se actúa en el proceso lleva, en la mayor parte de los casos, a descubrir la verdad, mejor que un proceso inquisitorio en el que se reservasen al juez todas las iniciativas”.

⁵⁹ Calamandrei, P., “El juez y el historiador...” cit. p. 112. Más adelante, en la p. 113 añade: “... el juez no es libre de explorar la realidad, sino que está obligado, al menos en el proceso de tipo dispositivo, a concentrar sus investigaciones sobre aquellos únicos hechos que la una o la otra de las partes haya indicado como jurídicamente relevantes (*iudex secundum allegata decidere debet*)”. El juez, “al tratar de establecer la certeza de los hechos (...), no puede considerar la rea-

forma gráfica dice Calamandrei que la ley ordena al juez “no ser curioso y no dirigir miradas indiscretas más allá de los *petita partium*”⁶⁰. Pero esas pruebas que las partes presentan al juez como aval de sus afirmaciones son el instrumento del que aquel se vale para comprobar la correspondencia entre lo que las partes dicen y la realidad de los hechos ocurridos. En definitiva, la prueba, como veremos más adelante, es, ante todo, una tarea, un ejercicio de *verificación* que tiene por objeto las afirmaciones de los litigantes.

La actividad probatoria, en suma, es para el juez medio de conocimiento de los hechos, de ahí la dimensión epistémica de que habla Taruffo en contraposición a la función persuasiva propia de aquellos para quienes la prueba es el medio de que las partes disponen para obtener la convicción del juez⁶¹.

Nieva Fenoll entiende que no puede ponerse en duda que en el proceso no siempre se obtiene la verdad, lo que no impide que en ocasiones sí sea posible, aunque no es preciso alcanzarla para dictar sentencia. Por otra parte, afirma también que “como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad”, por más que las partes no siempre lo pretendan dado que su aspiración es ganar el pleito con independencia de cuál sea la verdad de los hechos⁶².

La segunda aseveración de Taruffo atañe a la relación entre verdad y justicia: “la veracidad de la determinación de los hechos es una condición *necesaria* (pero —obviamente— no suficiente) para la justicia de la decisión”⁶³. En el proceso, la verdad no es un objetivo en sí mismo, no se busca por el solo placer de tenerla, sino porque ella es condición precisa de una decisión legítima y justa⁶⁴.

lidad, sino al limitado objeto de enfrentar a ella las representaciones contrapuestas de la misma que las partes le ofrecen en sus alegaciones”.

⁶⁰ “El juez y el historiador”, cit., p. 112.

⁶¹ Escribe Taruffo en *Hacia la decisión...*, cit. p. 194: “Entonces, bajo este aspecto, el proceso no puede considerarse simplemente como una competencia retórica entre abogados, y como ya hemos dicho- debe ser entendido como un método epistémico, finalizado en la comprobación de la verdad en base a las pruebas que en este se adquiere”.

⁶² Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, M. Pons., Madrid, 2010, p. 147.

⁶³ Cavallone, B., Taruffo, M., *Verifobia...* cit., p. 65. Malem Seña, J.F., en *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 44, sostiene que “un ideal que deberá estar firmemente asentado en el mundo jurídico es que los enunciados sobre los hechos que sirven de fundamento a las sentencias sean verdaderos”. Igual asociación encontramos en Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, Coyoacán, Méjico, 1992, p. 84: “...para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad”.

⁶⁴ La verdad no es, dice Taruffo, “un objetivo final en sí mismo ni una mera consecuencia colateral o efecto secundario del proceso civil: es sólo una condición necesaria para una decisión apropiada,

Entiéndase, no se trata de que la determinación veraz de los hechos del litigio se tenga por condición única de la justicia de la resolución judicial; obviamente, cuentan también una correcta aplicación del derecho y una adecuada interpretación de aquellos hechos; lo que el procesalista italiano sostiene es que la verdad de los hechos es una condición *necesaria*. Es evidente que “ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda ‘sobre hechos equivocados’, o sea, sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión”⁶⁵.

A propósito de esta vinculación que Taruffo establece entre verdad y justicia, se hace inevitable recordar a un jurista napolitano de la Ilustración, autor de un delicioso opúsculo titulado *Tratado de las obligaciones del juez*, que también establecía una muy estrecha relación entre las ideas de verdad y justicia. Hablo de Massimiliano Murena. Sorprende su pasión por la verdad a la que se refiere de modo constante para Hermanarla con la justicia y el buen juzgar. “El juez ha de ser el amigo de la verdad”, dice Murena, y por esa razón, para hacerse con ella, debe escuchar a las dos partes y hacerlo con sagacidad a fin de no ser engañado. Y, rotundo, añadirá que “la palabra del juez lleva consigo la idea de la justicia y de la verdad”. Por eso los

legítima y justa”, *La prueba*, cit., p. 23. Le sigue en esta aseveración Giulio Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017, p. 12: “En efecto, el juicio de verdad concerniente a la reconstrucción del hecho que constituye el ‘caso judicial’ emerge en el ámbito procesal como fundamento indefectible para la emanación de una decisión justa”, ya que la decisión judicial “no podría reputarse dotada de la calidad deseable si su base fáctica se revele errónea o inatendible”.

⁶⁵ Taruffo, M., *La prueba*, cit., p. 336. Vid. también, del mismo autor, *Simplemente...*, cit. donde escribe: “Lo que sí interesa destacar es que una condición necesaria para la corrección jurídica de la decisión es que esté fundada en una determinación verdadera de los hechos del caso. Por una parte, porque es evidente que un sujeto es efectivamente titular de un derecho sólo si son verdaderos los hechos de los que depende en concreto la existencia de ese derecho. Por tanto, una sentencia que afirma, respecto de un sujeto, la existencia de un derecho, debe haber determinado de forma verídica la realización de todas las condiciones de hecho —además de las del derecho— necesarias para que se pueda sostener que ese sujeto es realmente titular de ese derecho” (pp. 133-134). Y más adelante añade: “Esto equivale a decir que la determinación de la verdad de los hechos correspondientes al supuesto de hecho abstracto regulado por la norma es una *condición necesaria* para la correcta aplicación de la norma en el caso concreto: la verdad de la determinación de los hechos es un requisito esencial de la legalidad de la decisión. Por consiguiente, la verdad de los hechos no solo no es irrelevante; por el contrario, condiciona y determina la corrección jurídica de la solución de la controversia. Como se suele decir, ninguna norma se aplica de forma justa a hechos erróneos; como recordaba Bentham, la falsedad es la sirvienta de la injusticia” (p. 134).

Véase también, del mismo autor “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en Taruffo, M., P. Andrés Ibáñez y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Ed. M^a I. de la Iglesia Monje, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 28. También Rivera Morales, ob. cit., p. 40.

egipcios colgaban al cuello de los jueces el emblema de la verdad. Coincide con San Agustín en que la ignorancia de la verdad en los tribunales está entre el cúmulo de infelicidades que el hombre puede padecer. E insiste, todo juzgador “se debe a la verdad de los hechos porque de ella depende la justicia”⁶⁶. Y mucho tiempo después, el tan celebrado juez inglés Lord Denning recordaba que los jueces deben servir a “los principios fundamentales de la verdad y de la justicia”⁶⁷. Y recordemos, finalmente, las palabras de Dellepiane, ya citadas, cuando escribía que “toda sentencia, para ser tenida por justa, debe ser la expresión fiel de la verdad; que verdad y justicia se confunden en los fallos”⁶⁸.

VI. LA LEC ESTÁ COMPROMETIDA CON LA VERDAD. JUEZ, PARTES Y VERDAD

La prueba comporta una actividad de las partes tendente a acreditar una afirmación determinada, es decir, a demostrar que lo narrado coincide con la verdad de lo acontecido como fuente del conflicto. La palabra “probar”, tanto en el lenguaje jurídico como en el común, nos remite siempre al concepto verdad como objetivo esencial de aquella. En efecto, véase como desde el punto de vista lexicográfico se hace visible e inevitable ese vínculo. El DRAE define la prueba, en su acepción de término jurídico, como “justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”. Y respecto del verbo *probar*, el mismo diccionario recoge como tercera acepción la siguiente: “Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos”. Es claro, por consiguiente, que *verdad* y *prueba* se vinculan en el plano lexicográfico. Y es que, tanto en el lenguaje jurídico como en el común, los términos *prueba* y *probar* nos remiten siempre al concepto de verdad como su proyección natural.

Puede decirse que la propia ley está comprometida con la verdad. Un breve recorrido por la LEC nos hará ver que los preceptos que regulan la prueba miran hacia la verdad, están diseñados para dar con la verdad. Nos vamos a fijar en los que regulan la prueba testifical:

⁶⁶ Murena, M., *Tratado sobre las obligaciones del juez*, pról. de P. Andrés Ibáñez, trad. C. Cladera, Trotta, Madrid, 2022, pp. 25, 26, 29, 33.

⁶⁷ Citado por Marshall, G., *Teoría Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1982, p. 121.

⁶⁸ *Nueva teoría de la prueba*, cit., p. 29.

- Nada más comparecer el testigo ante el tribunal, se le pide juramento o promesa de decir verdad (art. 365), y es tal la importancia que el legislador da a tal deber del testigo que este deberá ser conminado con las penas que la ley establece para el falso testimonio. El Estado no tolera faltar conscientemente a la verdad, hasta el extremo de hacer de la mentira un delito.
 - Las preguntas llamadas generales de la ley del art. 367 están pensadas por el legislador para que el juez cuente con elementos de juicio con que valorar el apego o desapego a la verdad de un testigo que pudiera estar afectado por alguna condición o circunstancia que comprometa su fidelidad a aquella.
 - El mismo objetivo pretende el incidente de tachas de testigos del art 377.
 - El careo que regula el art. 373 es un mecanismo por el que, ante manifestaciones contradictorias, se provoca —de oficio o a instancia de parte— una confrontación entre testigos o entre partes y testigos con objeto de alumbrar, perfilar, ajustar o afinar la verdad, y dilucidar, en definitiva, cuál de los relatos es cierto o falso, en todo o en parte.
 - La posibilidad de hacer repreguntas (art. 372.1) supone la de hacer emerger aspectos de la verdad que hubiesen quedado ocultos en la declaración del testigo de la parte contraria.
 - Cuando la LEC permite que el tribunal pueda interrogar al testigo para obtener aclaraciones y adiciones (art.372.2) está dando al juez oportunidad de arrojar luz sobre zonas sombrías del testimonio y así definir ciertos perfiles de la verdad.
 - La LEC pone cuidado en limitar la admisión de preguntas a solo aquellas que “puedan resultar conducentes a la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos” (art.368.2).
 - La prevención de que los testigos declaren separadamente y sin comunicación (art.366) no es sino una cautela dirigida a la salvaguarda de la fidelidad de los testimonios.
 - La prohibición de preguntas sugestivas o capciosas trata de evitar la distorsión de la verdad provocada por una defectuosa o maliciosa forma de interrogar.
- Y por último,
- El art. 357 permite que, a instancia de parte, se lleve a cabo el reconocimiento judicial en concurrencia con el interrogatorio de testigos,

con la finalidad de que “la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio”, práctica esta que, en opinión de Cabañas García, viene a ser un equivalente de la diligencia de ‘reconstrucción de los hechos’ propia del proceso penal⁶⁹. Esta fusión de ambas pruebas supone un recíproco enriquecimiento entre ellas y, por ende, para el juez una mejor y más completa percepción de los hechos a que aquellas se refieren.

En suma, de una u otra forma, la verdad aparece como inevitable referencia de la prueba⁷⁰; esta se endereza a conocer la verdad de las afirmaciones que las partes hacen al juez. Obviamente, no se trata de la verdad absoluta, que podrá tener sentido en un contexto filosófico o teológico, pero no en el ámbito del proceso ni en otras disciplinas del conocimiento humano⁷¹.

En definitiva, el tribunal ha de decidir sobre la aplicación de la norma a unos hechos determinados por lo que habrá de saber si los que las partes afirman se corresponden con la verdad. La resolución en justicia del con-

⁶⁹ Cabañas García, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1992, p. 16, nota 14, con referencia a la LEC de 1881 destaca aquellos preceptos de los que resulta el objetivo de buscar la verdad a través del proceso: “No faltan, sin embargo, algunas normas de la Ley Procesal, que al regular la práctica de algunos medios probatorios, apuntan, siquiera tímidamente, a una intención legislativa de buscar la ‘verdad última’ de los hechos. Confróntese el art. 588 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite, si cabe así llamarlo, una modalidad de ‘careo’ entre ambos litigantes con la intervención (moderación) del juez; así como el art. 636 del mismo del mismo texto, que faculta el examen de los testigos en el mismo lugar donde se practica el reconocimiento judicial, a los fines de que tal presencia ‘contribuya a la claridad de su testimonio’. ¿No estaríamos aquí en presencia de un equivalente de la llamada diligencia de ‘reconstrucción de los hechos, propia del proceso penal? Por supuesto, cabe incluir en esta ‘intencionalidad’, a todas las disposiciones que consagran poderes para la intervención oficiosa del juez en todas las fases de actividad judicial cognoscitiva”.

⁷⁰ Sin embargo, la prueba no ha perseguido siempre la verdad. Según Foucault, M. —*La verdad y las formas jurídicas*, trad. E. Lynch, Gedisa, Barcelona, 1996, pp. 69-72— en el derecho feudal el sistema de prueba judicial no pretendía investigar o probar la verdad “sino la fuerza, el peso o la importancia de quien decía”; la prueba no servía para determinar quién dice la verdad, “sino para establecer quién es el más fuerte, y al mismo tiempo quien tiene razón”. Y luego añade: “La prueba es una operación de derecho, una permutación de la fuerza por el derecho, especie de *shifter* que permite el pasaje de la fuerza al derecho. La prueba no tiene una función apofántica, no designa, manifiesta o hace aparecer la verdad, es un operador de derecho y no un operador de verdad u operador apofántico” (p. 72).

⁷¹ Escribe Taruffo —*La prueba*, cit., p. 26—: “De hecho, la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni que decir tiene del contexto judicial. Ni siquiera las ciencias duras, como la física y las matemáticas, pretenden ya ser capaces de alcanzar verdades absolutas; de hecho, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa”.

flicto precisa de un conocimiento de lo verdaderamente acontecido. Por tanto, no podemos hacer tabla rasa de la verdad como si esta fuera ajena al proceso y este indiferente a ella, y esquivarla para erigir la convicción judicial o la fijación de hechos en fines propios y prioritarios de la prueba. Preguntémosnos ¿sobre qué hechos —verdaderos o falsos— interesa afianzar la convicción del tribunal? Obviamente, sobre los que son ciertos ¿Qué hechos deben ser fijados en el proceso, hechos verdaderos o falsos? Naturalmente aquellos que responden a la verdad de lo acontecido como substrato del conflicto que les lleva ante el tribunal.

Con todo, no debe pasar inadvertido que la perspectiva de las partes y la del juez, en relación con la prueba, no coinciden o no tienen por qué coincidir. Decía a este respecto Calamandrei: “Los abogados indagan la verdad de perfil, aguzando la mirada cada uno desde su lado: solo el juez, que se sienta al centro, la mira tranquilamente de cara”^{72/ 73}.

El juez, que actúa desde una posición neutral, sí quiere conocer la verdad y, por eso, necesita saber si los hechos afirmados son ciertos, ya que ellos constituyen la premisa fáctica de la norma que haya de ser aplicada para la resolución del conflicto. De ahí que se espera, más bien se exige, que el juez use “los medios de prueba como recurso heurístico y no como un argumento persuasivo”⁷⁴. Sin embargo, a las partes, desde su posición en la litis, les mueve el interés por ganar y obtener una resolución favorable a su pretensión; una parte puede estar, como el juez, interesada en que se conozca la verdad porque esta favorece su posición y avala su pretensión, pero puede suceder que la otra parte no quiera que el juez llegue a conocer la verdad en la medida que esta le resulte adversa, o que solo la conozca en parte o que tenga por verdadero lo que no ha existido, es decir, lo que no es verdad, o que aun accediendo la verdad al proceso, interese a una parte generar dudas en la conciencia del juez. Y cabe también que el material probatorio pueda estar manipulado o adulterado de modo que lleve a declarar como verdadero lo que es falso (testigo falso, documento falsificado)⁷⁵.

⁷² Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. S. Sentís y I. J. Medina, pról. Diego Medina, Góngora, Madrid, 1936, p. 72.

⁷³ El art. 10 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, define así al juez imparcial: “El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio”.

⁷⁴ Taruffo, M., *La prueba*, cit. p. 28.

⁷⁵ Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad...* cit., p. 64.

En todo caso, es claro que los propósitos de los sujetos que intervienen en el proceso —juez y partes— se definen siempre en función de la verdad, unos para que sea conocida, otros para que no lo sea o quede enturbiada. En definitiva, siempre la verdad al fondo. ¿Cómo es posible, entonces, preterir o minimizar la verdad como referencia inevitable de la prueba? Entre verdad y prueba hay una relación ineludible⁷⁶. En suma, hablar de prueba es evocar la idea de verdad como destino natural de aquella⁷⁷.

Ahora bien, no podemos desconocer que la verdad apetecida en el proceso se ve a veces obstaculizada por las propias normas procesales y el respeto a los derechos fundamentales⁷⁸. No se admite una verdad conseguida a cualquier precio. Su hallazgo cuenta con límites, aquellos que imponen la primacía jerárquica de los derechos fundamentales y del principio del debido proceso. Ocurre así, por ejemplo, con la exclusión de la prueba ilícita, entendida esta en la forma descrita en el art. 11.1 de la LOPJ, es decir, aquella que es obtenida, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Acreditado este vicio radical, no puede en modo alguno ser admitida tal prueba por el tribunal, por más que su contenido sea relevante para el conocimiento de la verdad, a la que no cabe acceder sino desde el respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales⁷⁹.

⁷⁶ Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad...*, cit., p. 79, escribe: “Si el objeto de la prueba son los enunciados sobre los hechos formulados por las partes, parece claro que la convicción, la certeza o cualquier otra actitud mental del juez que se quiera plantear como finalidad de la prueba deberá estar referida a esos enunciados. De este modo, no veo otra posibilidad que sostener que la certeza o la convicción del juez verse sobre la verdad del enunciado (...). Esto, por supuesto, no supone afirmar la relación conceptual entre la prueba y la verdad, pero permite observar que aquellos autores que (...) han pretendido ‘desterrar’ la noción de verdad del análisis de la prueba están abocados necesariamente al fracaso, puesto que sus propias tesis acaban vinculando (aunque más indirectamente) ambas nociones”.

En la p. 113 insiste: “lejos de ser necesario *desterrar* la noción de verdad para obtener frutos en el análisis de la noción de prueba, es imprescindible comprender adecuadamente las relaciones entre ambos conceptos para captar muchos de los aspectos problemáticos que rodean al segundo en el ámbito del Derecho. Otra cosa es que la prueba de una proposición sobre un hecho no exija la verdad de la proposición. ¡Pero de que la prueba y la verdad no sean hermanas no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco!”

La tercera acepción del vocablo *probar* en el DRAE es “justificar, manifestar y hacer patente *la certeza o la verdad* de algo con razones, instrumentos o testigo” (la cursiva es nuestra).

⁷⁷ Vid. Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, cit. pp. 78-81.

⁷⁸ Dice Malem Seña, J.F., *El error judicial...*, cit., p. 47: “...a veces el derecho, para poner a salvo ideales o principios en muchos casos absolutamente legítimos, conspira en contra de la posibilidad de que los enunciados fácticos que forman parte de los fundamentos de hecho de las sentencias sean verdaderos”.

⁷⁹ Rodríguez Moreno, F., en *Verdad histórica y verdad procesal*, Cevallos, Quito, 2016, pp. 141-142, escribe: “...es el mismo proceso —y sobre todo en materia penal— el que ha implantado lo hoy conocido como ‘debido proceso’, el cual nos impone reglas y principios que limitan, de forma

Hay otros obstáculos de signo diverso que, al cabo, se erigen en obstáculo de la verdad. Acontece así con algunas normas del procedimiento probatorio más atentas a facilitar la fijación de los hechos que al conocimiento de la verdad; es el caso de las reglas sobre valoración legal de la prueba. En su virtud, el juez es eximido —o mejor, apartado— de hacer juicio alguno valorativo sobre la concordancia del hecho con la verdad porque el legislador se ha anticipado a hacerlo de modo abstracto y genérico. No es el criterio racional del juez el que decide sobre una singular valoración probatoria y, por ende, sobre el hecho, sino un criterio genérico preestablecido por la ley⁸⁰. Lo mismo cabe decir del juego de los principios y reglas que rigen los procesos dispositivos, donde la verdad se define dentro del marco o límites impuestos por las premisas establecidas por las partes⁸¹.

De igual modo, la verdad puede verse resistida o eludida por la propia actuación y estrategia de las partes guiadas por el interés propio y no por la primacía de la verdad cuando esta les resulte adversa; así acontece en los supuestos de adulteración o manipulación de pruebas (testigo falso) o en los de no aportación de pruebas que podrían ser conducentes al conoci-

definitiva, el conocimiento de la verdad histórica, y son estas reglas procedimentales las que coronan de forma definitiva, a la verdad procesal como la única verdad posible. (...) el debido proceso prohíbe que la verdad se alcance a toda costa, pues deben respetarse los derechos humanos y evitar que la búsqueda de la verdad sea la excusa de atropellos al debido proceso, o dicho de otro modo: el debido proceso es el mayor enemigo de la verdad". Sostiene también este autor que las reglas de la litigación oral actúan también como un límite a la verdad, como ocurre, por ejemplo, con la limitación de las preguntas sugestivas (loc. cit., p. 143).

La radicalidad del juicio en este último extremo me impide compartir tal criterio; las reglas a las que se refiere no tratan de eludir o esconder la verdad, sino de sanear el modo de interrogar precisamente para asegurar la espontaneidad de las respuestas del testigo y, con ella, su expresión más veraz.

⁸⁰ Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, cit., p. 68, dice que son reglas constitutivas y por ello "no es posible atribuirles valores de verdad". También el mismo autor en *Motivación y racionalidad de la prueba*, Grijley, Lima, 2016, pp. 185-186.

⁸¹ Comparando el similar, pero no igual, quehacer del juez y el historiador, decía Calamandrei que las limitaciones que disciplinan la investigación del juez "dan a las declaraciones de certeza de hecho que el mismo hace, un acusado carácter de *relatividad*". Por ello, "en el proceso de tipo dispositivo en el que las partes pueden ponerse de acuerdo para hacer aparecer al juez, como verdaderos, hechos en realidad inexistentes, o para silenciar, como si no fuesen verdaderos, hechos ocurridos en realidad, la declaración de certeza probatoria no puede tener nunca un valor absoluto: no puede aspirar a establecer la verdad una vez para siempre, sino que se contenta con establecer lo que debe valer como verdad (...) La declaración de certeza judicial tiene valor en los límites de las premisas puestas por las partes en aquel proceso". *El juez y el historiador...*, cit., p. 115.

miento de la verdad, pero perjudiciales para la parte que indebida y deliberadamente las retiene^{82/83}.

Taruffo parte de la idea de que el proceso debe estar orientado a la verdad; por esa razón, le merece un juicio negativo toda norma que excluye una prueba relevante para la determinación de la verdad, dado que, en cuanto antiepistémica, se erige en obstáculo para tal fin. La limitación a la determinación de la verdad, sin embargo, debe ser aceptada si se trata de una norma que pretende proteger derechos fundamentales de la persona, cual ocurre con la prueba ilícita⁸⁴.

VII. PROBAR ES VERIFICAR

Ya hemos dicho que el proceso inicia su andadura envuelto en la incertidumbre, tanto para el juez como para las partes. Para estas, porque desconocen qué les deparará el desarrollo del proceso; para el juez, porque

⁸² Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad* ... cit., p. 64. También, del mismo autor, en *Motivación y racionalidad*..., cit., p. 181.

⁸³ Pizzi W. T., *Juicios y mentiras*, trad. Fidalgo Gallardo, Tecnos, Madrid, 2004, es muy crítico con el proceso penal norteamericano porque, en su opinión, abundan en él reglas probatorias de carácter muy restrictivo, entre ellas la regla de la exclusión, y, por otro lado, censura las prácticas aberrantes por parte de los abogados que se traducen en un impedimento para el conocimiento de la verdad (vid. pp. 37, 73 y 101). Llama la atención sobre la existencia en el proceso penal norteamericano de EE.UU. de unas reglas de derecho probatorio rígidas y restrictivas de modo que al final se cuenta con menor material probatorio que en otros países, o que dificulta el hallazgo de la verdad. Escribe: "La devaluación de la importancia de la verdad en nuestro sistema procesal comienza por la regla de la exclusión. Un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que solo a posteriori se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que pueda haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar de forma precisa la culpabilidad del acusado, tiene su orden de prioridades seriamente alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema son enormes" (p. 73). Y más adelante: "Un sistema procesal también tiene para con las víctimas y el público en general la obligación de proporcionarles un juicio digno que dé una importancia primordial a la averiguación de la verdad. (...) Un sistema procesal que no pone a la verdad en un lugar principal acaba por perder confianza en sí mismo y se convierte en un peligro" (p. 115).

⁸⁴ *Verifobia*, cit., pp. 69-70. Considera también admisible la exclusión de pruebas que, aun siendo relevantes, cumplen una función epistémica, como son las que tienen por objeto prevenir errores del jurado en la valoración de las pruebas de difícil interpretación.

Andrés Ibáñez, P., "‘Carpintería’ de la sentencia penal..." cit., p. 402, con relación a la sentencia penal, advierte que el fin de averiguación de la verdad que en el proceso se pretende "no puede justificar el empleo de cualquier medio. Por eso, el proceso, en tanto que proceso cognoscitivo, está sujeto a límites legales que afectan a las fuentes de prueba y a su tratamiento, lo que hace que la verdad procesal sea una verdad también jurídicamente condicionada".

no sabe quién tiene razón; ello va a depender de que las afirmaciones que hacen las partes sean efectivamente ciertas y que de ellas se desprendan las consecuencias jurídicas pretendidas. Pues bien, la prueba es la actividad a cargo de las partes que está llamada precisamente a dar luz en esa atmósfera de incertidumbre que envuelve los primeros pasos del proceso.

Son conocidas, por sobradamente citadas, estas palabras de Bentham: “Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”⁸⁵. La prueba es centro neurálgico del proceso. Sigue a las alegaciones y precede a la sentencia. Esta situación estratégica de la actividad probatoria nos permite decir que el proceso pivota en torno a la actividad probatoria. Es una necesidad que sigue al período alegatorio (salvo conformidad plena en los hechos) y antecedente lógico del contenido de la sentencia. Es por ello, como dice Giulio Ubertis, “piedra angular o cimiento del proceso, o incluso, centro de la entera actividad judicial”⁸⁶.

Ya hemos visto en otro lugar que entre los vocablos *prueba* y *verdad* hay una estrecha relación que está presente tanto en el lenguaje común como en el jurídico; en ambos casos la verdad es entendida como el objetivo propio de aquella. Son innumerables las definiciones de prueba⁸⁷; podría decirse que tantas como autores^{88/89}. No las hay, sin embargo, en la LEC, y, en verdad, no debe extrañarnos. No lo hacen tampoco los códigos procesales de Italia, Alemania o Portugal. No es misión propia de una ley de procedimiento elaborar definiciones. Nuestra LEC solo se ocupa de decirnos, al enunciar las normas generales sobre la prueba, cuál es su objeto (art. 281). El texto legal no permite conocer, por vía indirecta, qué es lo que el legislador entiende por prueba. Tampoco del apartado XI de la Exposición de Motivos podemos extraer idea alguna a este respecto; tan solo concluiremos que forma parte de la actividad jurisdiccional y que es materia de exclusiva na-

⁸⁵ Bentham, J., *Tratado ... cit.*, p. 4.

⁸⁶ Ubertis, G., *Elementos de epistemología... cit.*, p. 15.

⁸⁷ El vocablo *probar* tiene su raíz etimológica en el término latino *probus*, que significa bueno, virtuoso. *Probar* vendría a ser dar por bueno, es decir, que se tiene por bueno lo que ha sido probado. Podríamos decir que la verificación que hace que la afirmación del hecho se tenga por cierta, supone dar por bueno el aserto de la parte.

⁸⁸ Puede verse una muy extensa relación en Abel Lluch, X., *Derecho probatorio*, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 19, nota 8 a pie de página.

⁸⁹ Para Lessona, C., *Teoría General de la prueba en el Derecho civil*, trad. E. Aguilera de Paz, introducción de J.M^a Manresa y Navarro, Reus, Madrid, 1906, pp. 43-44, probar significa “*hacer conocidos para el Juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser*” (cursivas del original). Advierte que esta definición, que él califica de práctica, no excluye las teóricas, aunque, en su opinión, “no se debe dar mucha importancia a la definición de un concepto común”.

turalidad e interés procesal, ya que, en aras de la unicidad reguladora y de tratamiento, la LEC deroga las normas sobre prueba contenidas en el CCivil. Si quisiéramos construir una definición de la prueba con los mimbres que la propia LEC y su Exposición de Motivos nos proporcionan, diríamos que es la actividad jurisdiccional promovida comúnmente a instancia de las partes y excepcionalmente por el tribunal, que tiene por objeto hechos controvertidos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso.

Recordemos con el juez norteamericano Jerome Frank que “la mayoría de los pleitos son ‘pleitos sobre los hechos’, pleitos en que las decisiones dependen solamente de las creencias de los jueces de primera instancia o de los jurados sobre acontecimientos pasados acerca de cuya ocurrencia se disputa”⁹⁰. Y puesto que la disputa es sobre hechos —sobre la verdad de los hechos— hablamos comúnmente de la prueba de los hechos, pero la expresión no es, en rigor, correcta. Los hechos son un acontecer histórico, cuya existencia, como es obvio, no depende de prueba alguna; no cabe predicar de ellos verdad o falsedad; los hechos sencillamente son, ocurren. En el proceso, las partes refieren hechos o acontecimientos que pertenecen al

⁹⁰ Frank, J., *Derecho e incertidumbre*, trad. C. M. Bidegain, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, p. 37. En sentido similar se expresa Döhring, E., *La prueba*, edición a cargo de C.A. Agurto González, S.L. Quequejana Mamani y B. Choue Cuenca, Olejnik, Santiago (Chile), 2018, p. 11: “Son raros los procesos en los cuales está constatado desde un comienzo el sustrato fáctico, y solo resta por dilucidar la cuestión de derecho. Mucho más frecuente es el caso inverso, en el que el aspecto jurídico no ofrece dificultades y solo hay dudas respecto de los hechos. Esto sucede sobre todo en el procedimiento penal. Pero también en el civil y en las otras especies de proceso la decisión depende a menudo de cómo se establece la base fáctica, de modo tal que la actividad determinadora del derecho consiste casi exclusivamente en precisar el estado de los hechos”.

Como dice Calamandrei, el juez, en trance de dictar sentencia, se encuentra ante dos problemas: primero, decidir si los hechos afirmados por la parte son ciertos, y segundo, si el efecto jurídico que la parte pretende es consecuencia de esos hechos —“La génesis lógica de la sentencia civil” cit., p. 374—. El mismo autor, citando a Chiovenda, advierte que, en rigor, lo primero que el juez ha de plantearse es el juicio de derecho, esto es, si el efecto jurídico pretendido está reconocido por el ordenamiento, porque de no ser así, huelga ocuparse de comprobar los hechos que, aun siendo ciertos, nunca podrían producir efecto jurídico alguno (loc. cit., p. 376). Así ocurre en aquellos casos en que la demanda puede ser inadmitida *a limine litis* (ej., art. 42-II CC o art. 5 de la L.O. 2/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, o cuando lo pretendido no tenga encaje posible en las clases de tutela jurisdiccional previstas en el art. 5 de la LEC (demandar a un alcalde o al presidente del gobierno por el incumplimiento de sus promesas electorales). En estos casos, no importan los hechos, ni su verdad o falsedad, pues cualesquiera que sean no son subsumibles en norma alguna. Pero si, como de ordinario ocurre, los efectos jurídicos que la parte pretende sí están reconocidos por el ordenamiento jurídico, la primera ocupación del juez, antes de decidir sobre la norma de aplicación al caso, es definir los hechos que se tienen por probados.

pasado y que, como tales, ya no existen. Los litigantes los trasladan al proceso mediante su afirmación ante el juez como históricamente existentes. Pues bien, la prueba recae propiamente sobre ese enunciado fáctico que la parte hace ante el tribunal acerca de su realidad histórica⁹¹. Incumbe a cada parte acreditar que los hechos que narra como sustento de su pretensión u oposición han ocurrido realmente.

La actividad probatoria tiene mucho de reconstrucción de un hecho pasado⁹² y pasajero, no permanente, hecho o realidad que ya no existe y que

⁹¹ Serra Domínguez, M., “Contribución al estudio de la prueba” cit. pp. 356 y 359. También, del mismo autor, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 10.

Sentís Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, E.J.E.A., 1978, p. 12. También, del mismo autor, “Qué es la prueba (naturaleza de la prueba)”, separata de la *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, núms. II-III, abril-septiembre 1973, p. 264: “Debemos decir: se prueban afirmaciones; no se prueban cosas ni se prueban hechos. Las cosas existen; los hechos se realizan; las afirmaciones tienen por contenido esas cosas o esos hechos” (cursivas del autor).

De igual modo, Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 113-114; explica que cuando se habla del hecho, “parece evidente que no se hace referencia al hecho en cuanto ocurrencia de la realidad empírica, sino a enunciados, de distinta naturaleza, que se refieren a ocurrencias que se supone suceden en el mundo de la realidad empírica. (...) En consecuencia, en el proceso ‘el hecho’ es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado”. Del mismo Taruffo, *La prueba* cit., p. 19: “Las proposiciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas: por lo tanto, son el objeto apropiado de la prueba judicial, concebida como el medio para establecer la verdad de los hechos en litigio”. Del mismo autor, *Hacia la decisión justa* cit., p. 290: “En realidad no se prueban los hechos, que por regla general se han verificado antes y fuera del proceso, sino se prueban *enunciados* relativos a los hechos de la causa” (cursiva del autor).

En igual sentido Ubertis, G., *Elementos de epistemología...*, cit. pp. 20-21: “...un error del que debe huírse en el estudio del fenómeno procesal consiste en considerar que la prueba versa sobre un ‘hecho’. (...) la *prueba* en cuanto tal no se refiere a un ‘hecho’, sino a un ‘aserto’ (...) no existen ‘hechos verdaderos’ o ‘hechos falsos’: un hecho ‘es’ o ‘no es’; solamente su enunciación puede ser ‘verdadera’ o ‘falsa’”.

En el mismo sentido, Abel Lluch, X., *Derecho probatorio* cit., p. 21, y Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...* cit., p. 55.

También Goldschmidt, J., *Derecho procesal civil* cit., p. 256, escribe: “El *tema probatorio* es siempre una *afirmación de hecho*” (la cursiva es el autor). Vid. también Sentís Melendo, S. *La prueba...*, cit., p. 32.

⁹² Puede suceder que, para el reconocimiento y satisfacción de sus pretensiones, se invoquen no hechos pasados, sino futuros. Ocurre así, por ejemplo, con la reclamación de lucro cesante o cuando se invoca el *periculum in mora* para la adopción de medidas cautelares. Esos hechos futuros no pueden ser en sí objeto de prueba; en este caso se acude a un juicio predictivo. Como a veces ocurre en la prueba, dice Muñoz Sabaté, “el elemento que da soporte al razonamiento predictivo es igualmente la máxima de experiencia, pero no es necesario que este anude diversos hechos probados”. El citado autor distingue oportunamente entre predicción y prueba: “... el factor diferencial entre predicción y prueba se halla en la aplicación de un conocimiento básicamente especulativo que puede partir, y es aconsejable que así sea, de datos empíricos, los cuales sin embargo no son ‘huellas’ reproductoras de ningún hecho histórico, sino que actúan como clave

ha de reconstruirse ante el juez⁹³; como ya hemos visto más atrás, no en vano la labor judicial es comparada con la del historiador, si bien con notables diferencias⁹⁴. De ahí que haya autores, como Ricci, que limitan el concepto de prueba a la de los hechos pasajeros o transitorios, por lo que sostienen que el reconocimiento judicial no es prueba, sino constatación de un hecho permanente, lo que también cabe decir de la prueba pericial que ratifica un hecho que es presente y permanente⁹⁵.

Dicho lo anterior, cumple advertir que solo pueden ser objeto de prueba los hechos controvertidos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. Están exentos de prueba los hechos notorios y aquellos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes (art.281, 1 y 3).

Conviene recordar que también los hechos plantean problemas. Hay hechos descriptivos, los hay cargados de derecho y los hay de índole valorativa (buena fe, diligencia de un buen padre de familia, buenas costumbres...), pero cualesquiera que sean las calificaciones o distinciones que de los hechos se hagan, habrá siempre una base o dimensión empírica respecto de la cual se puede decir si el hecho, en cuanto realidad histórica, es verdadero o falso; en esa medida, constituyen el objeto genuino de la prueba judicial, entendida como medio para establecer la verdad de los hechos en litigio⁹⁶.

Si el objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes sobre los hechos ocurridos, los cuales se invocan como fundamento de los efectos jurídicos pretendidos, es fácil entender que probar no es sino *verificar* aquellas afirmaciones, comprobar que lo afirmado se corresponde con la realidad, en suma, que aquello que las partes afirman es verdad⁹⁷.

útil para inferir por su regularidad determinadas tendencias". Vid. *Fundamentos de la prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 85-87.

⁹³ Para una "una noción más poética de prueba dicha con un lenguaje proustiano", cita Muñoz Sabaté las palabras de Capograssi: *far rivivere quello che non vive piu*. En *Fundamentos de prueba...*, cit., p. 27.

⁹⁴ Sobre las coincidencias y diferencias entre la función del juez y del historiador, vid. Muñoz Sabaté, L., *Fundamentos de prueba*, pp. 27-30.

⁹⁵ Ricci, F., *Tratado de las pruebas* cit., pp. 15-16.

⁹⁶ Taruffo, M., *La prueba*, cit., p. 19. También, Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...* p. 55.

⁹⁷ En este sentido, Abel Lluch, *Derecho probatorio*, cit., p. 19. Montero Aroca, *La prueba en el Proceso Civil*, Thomson. Civitas, Madrid, 2007, p. 59: "La actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes...". Sentís Melendo, *La prueba...*, cit., p. 16: "La prueba es verificación de afirmaciones, formuladas por las partes, relativas en general a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios". También, Rivera Morales, *La prueba...* cit., p. 43.

El tribunal no puede tener un conocimiento empírico del hecho porque su existencia forma parte ya del pasado; la experiencia empírica toma ahora forma de postulado fáctico, afirmación o enunciado verbal. Es ya la única forma de representarlo en el proceso; su introducción como tal tendrá lugar mediante la actividad probatoria. “Cuando hablamos de la verdad de un hecho, —dice Taruffo— en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho”⁹⁸.

Antes hemos utilizado el vocablo *verificar* porque es la expresión que más exactamente describe la prueba desde la perspectiva del juez, toda vez que, en rigor, la actividad probatoria llevada a cabo durante el proceso es tarea de *verificación*, y verificar es comprobar que lo afirmado por las partes es verdad, que los hechos ocurrieron tal como aquellas los describen; es, en suma, una forma de reconstruir un hecho pasado mediante su adveración, al igual que lo hace el historiador⁹⁹, como ya hemos dicho, pero reconstruirlo según la verdad, en el entendimiento de que en el proceso civil, y a diferencia de la tarea del historiador, el juez no sale en busca de la verdad, se limita, desde su quietud, a comprobar la certeza de las afirmaciones de las partes en virtud de las pruebas que estos proporcionen, salvo las limitadas excepciones en las que la ley le permite una actitud activa en la práctica de la prueba, cual ocurre en los procesos no dispositivos (art. 752 LEC). El tribunal verifica, no investiga. La verificación se contrae a los hechos que las partes han traído al proceso y es incompatible con la entrada en el proceso de hechos por obra del juez.

Lo dicho viene corroborado desde una perspectiva lexicográfica. Verificar, en su primera acepción del DRAE, significa “comprobar o examinar la verdad de algo”, y en eso justamente consiste la prueba¹⁰⁰.

Ahora bien, el citado vocablo debe ser diferenciado del término “averiguar”¹⁰¹; en el proceso civil, como hemos dicho, el juez no lleva a

⁹⁸ *La prueba*, cit., p. 19.

⁹⁹ Es frecuente establecer una similitud entre las tareas del juez y del historiador en cuanto que en ambos hay un objetivo común que es reconstruir el pasado, traer al conocimiento presente hechos pretéritos; ambos, juez e historiador, nos dice Calamandrei, están llamados “a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos. *El juez y el historiador*, cit., p. 107.

¹⁰⁰ A ese ejercicio comparativo se refiere Serra Domínguez en *Estudios de Derecho Probatorio*, Comunitas, Lima, 2009, p. 426: “El Juez comparará las afirmaciones instrumentales del testigo con las afirmaciones iniciales de las partes y, según concuerden o difieran, considerará probado o improbadado el hecho”.

¹⁰¹ Sentís Melendo, S., *La prueba...* cit., p. 12: “La prueba es verificación y no averiguación”. También escribe en p. 74: “No puede haber prueba donde falta la libertad de probar, esta libertad es postulado indiscutible de la prueba. Pero, libertad ¿para qué? Para probar, esto es, para constatar afirmaciones. Para nada más. *Para verificar*. Repitiendo el texto de la Ley de Partidas, cuando se

cabo averiguación alguna en busca de la verdad; él no la busca, no es su cometido; el juez simplemente está a la espera de la actividad probatoria desplegada por las partes que le permita verificar si lo que ellas afirman es cierto. El término averiguar significa según el DRAE “inquirir la verdad hasta descubrirla”. Denota una cierta actividad heurística del inquiridor, una búsqueda, una actitud o disposición dinámica, en tanto que la verificación es vocablo que sugiere, o al menos es compatible, una quietud expectante, pasiva. De las partes sí puede decirse, por el contrario, que hay averiguación, normalmente previa y preparatoria de la prueba, cuyo objeto es configurar la afirmación que hará en sus escritos alegatorios¹⁰².

Lo dicho tiene una excepción en los procesos no dispositivos, aquellos a que se refiere el Libro IV de la LEC —“De los procesos especiales”. Recuerdese que el art. 216 de la LEC establece que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.” La referencia es a aquellos procesos que se regulan en el Título I del Libro IV de la LEC, es decir los que versan sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores en los que, sobre prueba, rigen las normas contenidas en el art. 752 de la LEC.

Estamos ante un precepto de excepción; lo es desde la perspectiva del art. 216, ya citado, y desde la del art. 282 con arreglo al cual “las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

En lo que ahora nos importa, hemos de destacar que el art. 752.1.II atribuye al tribunal amplios poderes en relación con la práctica de prueba, pues con independencia de las practicadas a instancia de las demás partes o del

expresa en latín, encontramos que ‘*probatio est rei dubitae in iudicio verificatio*’. Eso es la prueba: *verificar libremente*” (los textos en cursiva corresponden al autor). También Montero advierte que “la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora”, *Los principios políticos...*, cit. pp. 109-110.

¹⁰² Advierte Muñoz Sabaté que la investigación no es prueba y que “investigar y probar son dos cosas distintas”, *Fundamentos...*, p. 41, y añade: “La afirmación del hecho exige, pues, en múltiples casos, una operación previa de investigación (heurística) que el litigante habrá tenido que desarrollar generalmente por su cuenta y riesgo sin el apoyo del derecho. El juez civil no tiene, generalmente, ni el deber ni la potestad, ni incluso a veces, la intención, de ayudar al abogado a investigar lo que pretende afirmar, o lo que ya ha afirmado dando auténticos palos de ciego” (p. 42).

Ministerio Fiscal, el tribunal “podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.” Se materializa en este precepto la excepción ya anunciada en el art. 282¹⁰³. En palabras de Abel Lluch, el art. 752.1 “constituye la manifestación por excelencia de la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, quebrando la regla general contenida en el art. 282 LEC, en cuya proposición primera se dispone que *las pruebas se practicarán a instancia de parte*”¹⁰⁴.

Importa destacar las siguientes notas: 1ª) que esta iniciativa probatoria de oficio que se atribuye al juez, es de aplicación también en la segunda instancia (art. 752.3); 2ª) que las especialidades a que se refiere el art. 752 no son de aplicación cuando se trata de pretensiones relativas a materias sobre las que las partes pueden disponer libremente (art. 752.4); y 3ª) que el juez tenga unas amplísimas facultades en orden a acordar la práctica de pruebas no significa que su decisión sea inatacable e incontrolable; las partes pueden impugnar la decisión del juez; las razones pueden ser de índole diversa: error del juez que acuerda prueba que ya está en los autos, o la prueba acordada de oficio se refiere a materias sometidas a la libre disposición de las partes, o no se ajusta a las prescripciones del art. 283 (sería un contrasentido que el tribunal se concediese el “privilegio” de poder acordar una prueba que él podría —o mejor, debía— denegar legalmente a las partes). Precisamente, para facilitar ese control, Abel Lluch llama la atención sobre la conveniencia de que el juez, al tiempo de acordar la prueba de oficio, motive, siquiera sucintamente, su decisión¹⁰⁵.

¹⁰³ Aparte de esta declaración que con carácter general hace el art. 752 para todos los procesos del Título I del Libro IV y de lo que disponen los arts. 770.4ª II, 771.3, 773.3 (medidas provisionales previas y coetáneas), 774.2 (medidas definitivas) y 777.4 (mutuo acuerdo), hay otros preceptos referidos a determinados procesos no dispositivos: art. 759 (adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad).

¹⁰⁴ X. Abel Lluch, *La prueba en los procesos de familia*, en “La prueba civil: aspectos problemáticos”, dir. J. Picó i Junoy, ed. D. Vázquez Albert, Revista Jurídica de Catalunya, Aranzadi, Barcelona, 2019, p. 110. La cursiva es del autor.

¹⁰⁵ Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, pról. M. Serra Domínguez, Bosch, Barcelona, 2005, p. 191. Especialmente crítico con la atribución al juez de la facultad de acordar prueba de oficio se muestra Montero Aroca —*La prueba...*, cit., p. 596—. En su opinión, tales preceptos son “contrarios a la Constitución por serlo a la imparcialidad judicial” en cuanto que atribuyen al juez facultades que “son contrarias a la función del mismo en el proceso, pues se es, y al mismo tiempo, juez y parte.”

Para Montero —ob. cit. p. 586— el aumento de poderes del juez responde a un error conceptual al atribuirle una función que es propia de las partes. Califica de contrasentido la forma en que el legislador se ha conducido en la regulación de esta materia. “En los procesos no dispositivos, la opción legal ha consistido, no en permitir la actuación del Derecho objetivo de oficio en el caso concreto, sino en convertir en parte al Ministerio Fiscal y ello se ha hecho para que el juez siga manteniéndose como tal en un verdadero proceso, y si ésta ha sido la opción carece de sentido

BIBLIOGRAFÍA

- Abel Lluch, X., “La prueba en los procesos de familia”, en *La prueba civil: aspectos problemáticos*. dir. J. Picó i Junoy, Ed. D. Vázquez Albert, Revista Jurídica de Catalunya, Aranzadi, Barcelona, 2019.
- Abel Lluch, X., *Derecho probatorio*, Bosch Editor, 2012.
- Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, pról. M. Serra Domínguez, Bosch, Barcelona, 2005,
- Achard Brito del Pino, F., “Panorama actual sobre la prueba y verdad en el proceso”, *Revista Uruguaya de Derecho procesal* 1-2, 2019.
- Alberto Etala, C., *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*, M. Pons, Madrid, 2016.
- Andrés Ibáñez, P., “‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de hechos)”, *Poder Judicial*, nº 49, 1998.
- Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción del francés de M. Ossorio Florit, Comares, Granada, 2001.
- Bernales Rojas, en “El derecho a la verdad”, *Estudios Constitucionales*, año 14, nº2, 2016.
- Bonet Navarro, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009.
- Bonnier, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho civil y en Derecho penal*, Trad. J. Vicente y Caravantes, Olejnik, Santiago (Chile), 2020.
- Borges, J.L., *Otras inquisiciones*, Destino, Barcelona, 2007.
- Bissières, R., *La búsqueda de la verdad*, Labor, Barcelona, 1968.
- Cabañas García, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Trivium, Madrid.
- Calamandrei, “El juez y el historiador”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Calamandrei, P., “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. S. Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Calamandrei, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. S. Sentís y I. J. Medina, pról. Diego Medina, Góngora, Madrid, 1936.
- Carnelutti, F., *La prueba civil*, Ap. de Giacomo P. Augenti, Trad., N. Alcalá Zamora y Castillo. Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

que, a continuación, se disponga el aumento de los poderes del juez y hasta el extremo de poder acordar prueba de oficio.”

Para J. Bonet Navarro —*La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009, p. 107— una posible solución a esta cuestión y a las dudas que con ella se suscitan, sería que “el Ministerio Fiscal asumiera todo el protagonismo que inicialmente se le otorga en los procesos no dispositivos, en detrimento de la iniciativa probatoria de oficio.”

- Cavallone, B., Taruffo, M., *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, Trad. M. Aramburu, Palestra, Lima (Perú), 2012.
- Chiovenda, J., *Principios de Derecho procesal civil, II*, Trad. J. Casais y Santaló, notas de A. Salvador Bosque, Reus, Madrid, 2000.
- Dellepiane, A., *Nueva teoría de la prueba*, Olejnik, Santiago (Chile), 2017.
- Döhring, E., *La prueba*, edición a cargo de C.A. Agurto Gonzáles, S.L. Quequejana Mamani y B. Choue Cuenca, Olejnik, Santiago (Chile), 2018.
- Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Pról. M. Taruffo, M. Pons., Madrid, 2002.
- Ferrer Beltrán, J., *Motivación y racionalidad de la prueba*, Grijley, Lima, 2016.
- Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, trad. E. Lynch, Gedisa, Barcelona, 1996.
- Frank, J., *Derecho e incertidumbre*, trad. C.M. Bidegain, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.
- Furno, C., *La teoría de la prueba legal*, edición al cuidado de C.A. Agurto Gonzáles, S.L. Quequejana Mamani, B. Choque Cuenca, Olejnik, Santiago-Chile, 2022.
- García Morente, M., *Lecciones preliminares de filosofía*, Losada, Buenos Aires, 1968.
- Gascón Abellán, M., "Concepciones de la prueba. Observación a propósito de 'Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo'", *Discusiones*, núm.3, 2003.
- Gascón Abellán, M., *Los hechos en el Derecho*, M. Pons, Madrid, 1999.
- Giovanni, T., *Filosofía de la prueba jurídica*, trad. D. Dei Vecchi, M. Pons., Madrid, 2021.
- Goldschmidt, J., *Derecho procesal civil*, trad. L. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936.
- Gorphe, F., *Las resoluciones judiciales. Estudio psicológico y forense*, pról. L. C. Ramírez Eizaguirre, edición al cuidado de la misma prologuista y de B. Choque Cuenca Ara, Santiago (Chile), Olejnik, 2018.
- Guasp, J., *Derecho procesal I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, Trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, Coyoacán, México, 1992.
- Lessona, C., *Teoría General de la prueba en el Derecho civil*, trad. E. Aguilera de Paz, introducción de J.M^a Manresa y Navarro, Reus, Madrid, 1906.
- Malem Seña, J.F., en *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008.
- Marshall, G., *Teoría Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1982.
- Montero Aroca, J., "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)", en *La prueba*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, 2001.
- Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

- Muñoz Sabaté, L., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- Murena, M., *Tratado sobre las obligaciones del juez*, pról. de P. Andrés Ibáñez, trad. C. Cladera, Trotta, Madrid, 2022.
- Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, M. Pons., Madrid, 2010.
- Nubiola, J., “La búsqueda de la verdad”, *Humanidades: revista de la Universidad de Montevideo*, nº1, 2002.
- Ortega y Gasset, J., *En torno a la Galileo*, O.C., V, Revista de Occidente, Madrid, 1964.
- Ortega y Gasset, J., *Origen y epílogo de la filosofía*, O.C., IX, Revista de Occidente, Madrid, 1965.
- Ortega y Gasset, J., *Ideas y creencias*, O.C. V, Revista de Occidente, Madrid, 1964.
- Pizzi W. T., *Juicios y mentiras*, pról. C. Fidalgo Gallardo, Tecnos, Madrid, 2004.
- Prieto-Castro, L., *Derecho procesal civil, T.I*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- Quintus Mucius Scaevola, *Código Civil*, T.XX, revisado por P. Marín Pérez, Reus, Madrid, 1958.
- Ricci, F., *Tratado de las pruebas*, Analecta, trad. y pról. De A Buylly y A. Posada, Pamplona, 2005.
- Rivera Morales, R., *La prueba: una análisis racional y práctico*, pról. L.M. Bujosa Vadedell, M. Pons, Madrid, 2011.
- Rodríguez Moreno, F., en *Verdad histórica y verdad procesal*, Cevallos, Quito, 2016.
- Sentís Melendo, S. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio.*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1978.
- Sentís Melendo, S., “Qué es la prueba (naturaleza de la prueba)”, separata de la *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, núms. II-III, abril-septiembre 1973.
- Serra Domínguez, M., *Estudios de Derecho Probatorio*, Communitas, Lima, 2009.
- Serra Domínguez, M., “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, Tomo XVI, Vol. 2, EDERSA, 1981.
- Taruffo, M. *Hacia la decisión justa*, pról. R. González Álvarez, Trad. C.E. Moreno More, Zela, CEJI, Lima (Perú), 2020.
- Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.
- Taruffo, M., *La prueba*, M. Pons., trad. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2008.
- Taruffo, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. D. Accatino Scagliotti, M. Pons, Madrid, 2010.
- Taruffo, M., “Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos”, en *Páginas sobre justicia civil*, trad. M. Aramburu Calle, M. Pons., Madrid, 2009.
- Taruffo, M., *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, trad. M. Aramburu, Palestra, Lima (Perú), 2012.

- Taruffo, M., “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en Taruffo, M., P. Andrés Ibáñez y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Ed. M^a I. de la Iglesia Monje, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- Ubertis, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017.
- Ureña Garazo, B., *Derechos fundamentales procesales*, pról. J. A. del Real Alcalá, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- Zamora Bonilla, J., *Sacando consecuencias. Una filosofía para el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2017.
- Wach, A. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. S. Sentís Melendo, Ara, Lima (Perú) Olejnik, Santiago (Chile), 2016.

MEDIDAS CAUTELARES Y ENFERMEDAD MENTAL: SOBRE EL ARTÍCULO 544 *BIS* LECRIM Y LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DEL QUEBRANTAMIENTO *

Preliminary injunctions and mental illness: on article 544 *bis* Spanish Criminal Procedure Act and the procedural aftermaths of its infringement

Belén Hernández Moura

Prof^a. Ayudante Doctora
Universidad Carlos III de Madrid
belen.hernandez@uc3m.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTUALIZACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1. Ausencia de un régimen cautelar específico para el investigado afectado por enfermedad o trastorno mental. 2. Hipótesis de partida, estructura del trabajo y metodología. II. MEDIDAS CAUTELARES LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DEAMBULATORIA Y DE COMUNICACIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES. III. CONSECUENCIAS PROCESALES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA *EXART.* 544 *BIS* LECRIM. 1. Agravamiento de la medida: la prisión provisional como medida cautelar. 2. Adopción de una medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal: propuestas de la jurisprudencia. 3. Alternativas a la prisión provisional ante un eventual agravamiento de la medida. IV. CONCLUSIONES.

Resumen: El lector encontrará en este trabajo una reflexión en torno a las consecuencias procesales del incumplimiento de las medidas cautelares del actual art. 544 *bis* LECrim. Reflexión que acotaremos a un escenario muy particular: los casos en los que el sujeto obligado a la medida padece una enfermedad o trastorno men-

* Trabajo realizado en el seno del Proyecto I+D+i PID 2019-110422GB-I00 con el título «Medidas cautelares y de seguridad frente a sujetos con trastorno mental en la justicia penal», investigador principal Ignacio Flores Prada, Cat. de Derecho procesal en la Universidad Pablo de Olavide. Adicionalmente, aprovechamos esta primera nota al pie para agradecer a Javier Abella López, titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Colmenar Viejo y Prof. asociado vinculado al área de Derecho procesal de la Universidad Carlos III de Madrid y a Noel Villalba López, Prof. adscrito al área de Derecho penal de la misma universidad las muchas conversaciones sobre el tema, así como la lectura del presente trabajo y sus valiosas aportaciones.

tal. La presente investigación asume unas condiciones de partida desfavorables en el obligado a la medida para ajustarse a ella, lo que incrementaría las posibilidades de un eventual quebrantamiento. Consecuentemente, el investigado y enfermo habría de asumir también con mayor probabilidad las consecuencias procesales (y penales) del agravamiento. Ante la ausencia de un régimen cautelar específico, dicha intensificación acabará frecuentemente en una medida cautelar de prisión provisional adoptada frente al sujeto pasivo del proceso penal en curso.

Abstract: In this paper readers will find a discussion on the procedural implications of non-compliance with one of the provisional injunctions of the current art. 544 *bis* Spanish Criminal Procedure Act. This discussion will be narrowed down to a very particular scenario: those cases in which the subject obliged to comply with the measure is suffering from a mental illness. The research assumes unfavorable starting conditions in the suspect to adjust him/herself to the decreed injunction, which enhances the chances of an eventual infringement. Therefore, the suspected would also have to assume, with greater probability, the procedural (and criminal) consequences of the aggravation. In the absence of a specific precautionary regime, such an aggravation will often end up in a provisional imprisonment adopted against the suspect.

Palabras clave: enfermedad mental, medidas cautelares, libertad deambulatoria, prohibición de comunicación, internamiento civil no voluntario.

Key words: mental illness, preliminary injunctions, physical freedom, right of movement, prohibition of communication, non-voluntary civil commitment.

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTUALIZACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. AUSENCIA DE UN RÉGIMEN CAUTELAR ESPECÍFICO PARA EL INVESTIGADO AFECTADO POR ENFERMEDAD O TRASTORNO MENTAL

Son varios los espacios de confluencia y, por ende, de interés entre la enfermedad mental y el sistema de justicia penal en su doble vertiente, penal y procesal. Así, las implicaciones que pueda tener la enfermedad mental padecida por quien se relaciona con el proceso en calidad de sujeto pasivo serán determinante en cuestiones tan centrales como su (in)imputabilidad, su capacidad procesal o, entre otras, la concreción de la respuesta procesal en función del momento en el que se hubiera manifestado el padecimiento mental.

En todo caso, en cualquiera de estos escenarios el enfoque debiera ser el que sintetizaba BERCOVITZ en la que es una cita clásica cuando se trata de explorar la relación entre enfermedad mental y Derecho: «en primer lugar, el enfermo mental es un ciudadano; en segundo lugar, un ciudadano enfermo;

y, en tercer lugar, un ciudadano aquejado de una enfermedad peculiar»¹. Compartiendo esta perspectiva humanista, coincidimos en que sólo desde una aproximación especialmente consciente de la particular situación de quien participa en un proceso penal padeciendo los efectos de una enfermedad o trastorno mental será posible diseñar una respuesta sistemática, adecuada y plenamente respetuosa con los derechos y garantías del ciudadano, enfermo y sujeto pasivo del proceso penal.

Sistematicidad, con todo, retenida aún en el plano de lo deseable: la insuficiencia de la regulación procesal en relación con las garantías de la persona investigada o encausada que padece una enfermedad mental ha sido objeto de preocupación doctrinal, carencia que alcanza de forma muy significativa al régimen cautelar. Dichas disfuncionalidades, consecuentemente, aparecerán también en relación con esas otras medidas limitativas —así prefiere referirse a ellas parte de la doctrina— que puedan adoptarse *ex art. 544 bis* LECrim respecto de quien padece alguna alteración mental al tiempo de acordarse la medida o durante su vigencia. Es el que se acaba de describir el escenario que nos ocupará en este trabajo, en tanto en cuanto, en supuestos de trastorno mental *sobrevenido* la ley procesal penal ordena el archivo de la causa a la espera de que el investigado recobre la salud —art. 383 LECrim. Archivado el caso, naturalmente, no cabe siquiera plantear la adopción de medida cautelar y/o limitativa alguna.

Hasta la fecha, y habida cuenta de la incierta fortuna del ALECrím de 2020, lo cierto es que el régimen de medidas cautelares y/o limitativas de la LECrim no prevé especialidad alguna cuando la persona frente a la que se adoptan padece algún tipo de enfermedad o trastorno mental². Tal au-

¹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, «Psiquiatría y Derecho», en *Manual de Psiquiatría*, de José Luis González de Rivera y Revuelta, Antonio Vela Bueno y José Arana Arregui (Madrid: Karpós, 1980), 1240. Varios de los trabajos consultados durante la elaboración de este atribuyen dicha cita a otra de las publicaciones del autor, *La marginación de los locos y el Derecho*. Obra, en cualquier caso, pionera y referente en la materia cuya lectura aconsejamos. Vid., en este sentido, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *La marginación de los locos y el Derecho* (Madrid: Taurus, 1976).

² Fernando Martínez Pérez (dir.), *Enfermo mental y proceso penal: especial referencia a las medidas cautelares*, 1ª (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006). Idéntica circunstancia señala el trabajo de Manuel Jaén Vallejo, «Tratamiento de quienes sufren trastornos mentales en el marco del proceso penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 125 (2018): 231. El autor se refiere a la *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y presidida por Marchena Gómez, cuyo Capítulo II, dentro del Título II —sobre las medidas cautelares de carácter personal— recogía la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico. Dicha *Propuesta* facultaba al Tribunal para acordar, a instancia de parte, el internamiento en centro psiquiátrico de la persona investigada o encausada cuando a resultas de «una valoración

sencia ha planteado y plantea importantes dificultades, especialmente si lo que se está debatiendo es la adopción de una medida cautelar de carácter personal³. En el supuesto de la medida cautelar más restrictiva, la prisión provisional, el silencio de la LECrim ha dado lugar, al menos, a dos lecturas igualmente problemáticas⁴. De un lado, aplicar el régimen general de medidas cautelares sin tomar en consideración la enfermedad mental del sujeto pasivo. Y, de otro, decretar el internamiento del obligado a la medida en la unidad psiquiátrica de un centro penitenciario a partir de la lectura conjunta de los arts. 381 LECrim⁵ y 184 del Reglamento Penitenciario⁶ —esta segunda interpretación se encuentra generalmente superada⁷. En la práctica, la

exhaustiva» de la anomalía o alteración y de la acción imputada se derivase la existencia de un riesgo relevante de comisión de nuevos delitos a consecuencia de la patología. Según disponía el apdo. segundo del mismo artículo, la medida cautelar de internamiento podría únicamente acordarse cuando fuera «proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, y la peligrosidad del sujeto no pudiera ser compensada de forma suficiente mediante la adopción de otra medida menos gravosa» —art. 159 de la *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Vid., asimismo, el trabajo de José Miguel de la Rosa Cortina, «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 108 (2014): 101-19.

³ Sobre la teoría general de las medidas cautelares de carácter personal vid. el trabajo de José Miguel de la Rosa Cortina, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2015).

⁴ Amaya Arnáiz Serrano, «Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental», en *Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la justicia penal*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 2016, 88-99. Vid., en la misma publicación, Elena Gómez de Liaño Diego, «Estudio de la tutela cautelar penal en los investigados con trastornos mentales», en *Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la justicia penal*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 2016, 100-107.

⁵ Según el literal del art. 381 LECrim: «si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título».

⁶ El literal del art. 184 del *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*, reza como sigue: «El ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos: a) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda. b) Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario. c) Penados a los que, por enfermedad mental sobrevinida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria».

⁷ Como, entre otros, dijera LLEDÓ GONZÁLEZ, el art. 381 LECrim no recoge más que una «diligencia de instrucción o investigación, acorde además con la ampliación que supone en el objeto de la instrucción la posible enfermedad mental del imputado [...] estamos lisa y llanamente ante

solución más común es la primera, sin ser, además, inusuales los casos en los que en sede de instrucción se decreta la prisión provisional para sujetos sobre quienes existen ya racionales indicios de inimputabilidad. En ocasiones, y casi a modo de pretexto, se alude a la posibilidad de que el obligado a la medida pueda recibir un tratamiento adecuado a su enfermedad en el propio centro penitenciario.

Con todo, como se avanzó, la heterogeneidad en la respuesta es una realidad. Eventualmente la jurisprudencia menor se ha mostrado poco dispuesta a decretar la medida cautelar de prisión provisional respecto del investigado afectado por enfermedad o trastorno mental. Otras veces, lamentablemente, la mera presencia de la enfermedad mental se ha empleado

una prueba pericial que [...] debe referirse a las posibles enfermedades mentales o patologías psiquiátricas del afectado pero también a indagar sobre la concreta influencia que ésta hubiere provocado en sus facultades intelectivas o de autodeterminación respecto del concreto hecho imputado; por supuesto que tampoco legitima este precepto para imponer un determinado tratamiento al enfermo mental, algo a lo que no está llamado el Juez penal y que evocaría necesariamente una medida predelictual o incluso de protección del sujeto más propia del ámbito civil. Y que se trata de una prueba pericial lo confirma el segundo párrafo de[] propio precepto, cuando afirma que “los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título”, es decir, como peritos. No se trata, por tanto, de ninguna medida cautelar sustitutiva o alternativa a la prisión que pueda adoptarse en tales casos, y de hecho el propio precepto distingue en atención a que el procesado (extensivo a todo imputado) esté preso o no; en el primer caso el Juez puede disponer el traslado del privado de libertad al centro que se estime idóneo para su observación y ulterior emisión del informe, que puede ser el propio Psiquiátrico Penitenciario (a lo que se refiere expresamente el [...] art. 184 del Reglamento Penitenciario) o incluso cualquier otro centro de esa naturaleza (en este caso, con la debida custodia como preso preventivo que es); por el contrario, si el imputado se encuentra en libertad, el Juez ordenará igualmente su observación y ésta se llevará a cabo en el centro que así mismo se designe (aunque en este caso no podrá ser el Psiquiátrico Penitenciario, al estar reservado para los privados preventivamente de libertad o en cumplimiento de medidas de seguridad) [...]». Vid. Carlos Luis Lledó González, «Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal», en *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*, de Fernando Martínez Pérez (dir.), 1ª (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006), 103-4. Visión que vino a confirmar la STC núm. 217/2015, de 22 de octubre [RTC 2015,217] en su FJ 4º, recuperada después por la STC núm. 84/2018, de 16 de julio [RTC 2018,84] en su FJ 3º. Por su parte, SANTAMARÍA MATESANZ y PÉREZ PÉREZ advierten que el apdo. a) del art. 184 alude al «ingreso de detenidos o preso[s] “cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Pero la Ley de Enjuiciamiento Criminal nada establece al respecto. Parece como si la normativa penitenciaria quisiera solucionar un problema no resuelto por la legislación penal común». Vid. Juan Javier Pérez Pérez y Julia Patricia Santamaría Matesanz, «El internamiento psiquiátrico en el proceso penal», *Boletín Digital Penal*, Boletines jurídicos, n.º 23 (24 de mayo de 2018): 10. Salvo error en la interpretación, no parece posicionarse en contra de la lectura conjunta de los arts. 381 LECrim y 184 apdo. a) del Reglamento Penitenciario HAVA GARCÍA. Vid. nota al pie núm. 2 del trabajo de Esther Hava García, «Enfermedad mental y prisión: análisis de la situación penal y penitenciaria de las personas con trastorno mental grave (TMG)», *Estudios Penales y Criminológicos XVI* (2021): 62-63.

como un factor legitimador más de dicha decisión. Y otras, se verá después, la medida cautelar de prisión provisional se acaba acordando ante el previsible o constatado fracaso de otras medidas disuasorias más livianas⁸. Ello a

⁸ La multitud de situaciones posibles en la práctica forense, fruto, entre otras circunstancias, de los muy distintos matices de las enfermedades mentales, sitúa a los operadores jurídicos en la delicada situación de ofrecer una respuesta urgente a situaciones altamente complejas y de enorme trascendencia tanto para el investigado como para las personas a las que se quiere proteger con la medida. Frente a esta indudable complejidad se han articulado distintas respuestas jurídicas. Entre las resoluciones que sitúan la enfermedad o trastorno mental dentro de los factores legitimadores de la decisión señalaremos el conocido Auto de 22 de abril de 1996, de la AP de Barcelona [ARP 1996, 282]. Dicho Auto confirma la entrada en prisión provisional de la persona investigada, a quien se atribuía la comisión de un delito de incendio: «a todo ello ha de añadirse el estado de salud mental de la imputada [...] que ha sido diagnosticada de grave trastorno límite de la personalidad, por lo que se aconseja según consta en las actuaciones su ingreso en un centro psiquiátrico por el propio riesgo para el paciente y para terceras personas. Concurren sin duda, los requisitos del art. 503 de la LECrim, y es por ello, que, atendiendo a todas las circunstancias reseñadas, la medida cautelar era proporcionada en el momento en que se dictó, sin perjuicio de lo que pueda decidir el Instructor en el desarrollo de la instrucción, la medida de prisión provisional debe ser mantenida y por ende desestimado el recurso de apelación formulado». Entre las decisiones que confirman la entrada en prisión provisional por resultar insuficientes otras medidas menos gravosas, citaremos el Auto núm. 1266/2019, de 12 de noviembre de la AP de Barcelona [JUR 2020, 149971]: «es más, en el propio recurso se reconoce un factor susceptible de incrementar el peligro para la denunciante como es la posible existencia de un problema psiquiátrico del recurrente. En este momento el peligro para la mujer que se infiere de estos datos no puede neutralizarse con una medida cautelar menos restrictiva que la prisión provisional pues ninguna garantizaría eficazmente su protección». En idéntico sentido, el Auto núm. 385/2021, de 28 de abril de la AP de Murcia [JUR 2021, 214978], da luz verde a la medida de prisión provisional con el siguiente razonamiento: «se trata de otorgar protección al perjudicado, que también es vecino del pueblo donde se cometió el hecho delictivo. Y para ello, la petición de la medida de prohibición de comunicación y aproximación se antoja insuficiente en este momento; precisamente por la situación de alteración psíquica en la que se encuentra el recurrente. Se indica también en el informe médico que su primer contacto con un médico psiquiatra en el año 1999 precisamente cuando se hallaba en la cárcel; y que posteriormente tuvo un episodio psicótico que le llevó a ingresar en el Hospital. Cuando se le dio el alta, tenía reservada una plaza en una Comunidad Terapéutica, pero nunca acudió [...]. De todo ello se infiere que la medida cautelar de prisión provisional es indispensable en este momento, pues el investigado se halla en una situación de descontrol por motivo de su enfermedad y consumo de tóxicos que le lleva a verse envuelto en hechos delictivos, lo cual permite concluir que tampoco sería capaz de cumplir una medida de prohibición de aproximación y comunicación». En otras ocasiones, la decisión viene acompañada del controvertido argumento que vincula el ingreso en prisión con la (improbable) eventualidad de recibir tratamiento médico en el propio centro penitenciario. En este sentido, el Auto núm. 1006/2020, de 12 de noviembre, de la AP de Murcia [JUR 2021, 33833]: «partiendo de la naturaleza de los hechos, así como de las circunstancias personales del investigado en esta causa, este Tribunal considera que la privación de libertad acordada contra aquél es ajustada a derecho y que debe mantenerse, pues su enfermedad mental no aconseja lo contrario, ya que de ser preciso tratamiento médico éste podría recibirlo en el establecimiento penitenciario. En cuanto al estado o salud mental del investigado, consta que ya está siendo objeto de evaluación por el Médico Forense y la Clínica Médico Forense. Y su propia dolencia, al parecer severa, no hace descartable que genere un riesgo latente de reiteración delictiva, que al parecer solo con esta medida se trata de conjurar, en sintonía con los fines constitucionalmente legítimos de la prisión

pesar de que el Tribunal Constitucional —TC en adelante— tiene declarada la absoluta falta de adecuación constitucional de la medida cautelar de prisión provisional durante la tramitación del recurso de casación justamente por ausencia de cobertura normativa: «no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del art. 763 LEC, que habrá de serlo [...] en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito»— STC núm. 84/2018, de 16 de julio, FJ 5º [RTC 2018,84]. Antes incluso, el TC ya se había pronunciado sobre la incongruencia de la calificación de «preso, siquiera sea acompañada del adjetivo “provisional”, respecto de quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad [...] toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está *a priori* descartada» —STC núm. 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 7º [RTC 2004,191].

Frente a esta heterogeneidad, alguna luz hay en el horizonte. El prelegislador del 2020, consciente de las distorsiones en este ámbito, diseñó una regulación completa del régimen cautelar en supuestos de discapacidad que descartaba la adopción de la prisión provisional cuando lo previsible fuese, precisamente, la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, recogiendo entre las medidas cautelares disponibles el internamiento cautelar en establecimiento especial —art. 75 ALECrIm 2020. Ello al margen de algunas otras cuestiones más criticables, señaladas en trabajos de reciente publicación⁹.

provisional que ha declarado el Tribunal Constitucional». Muy claro en sus argumentos el Auto núm. 738/2020, de 31 de agosto, de la AP de Valencia [JUR 2020, 312576]: «incluso en el caso de que se pudiera hablar de la existencia de un trastorno que generase una situación de inimputabilidad, no impediría que se pudiera acordar la medida cautelar, si bien, habría que articular las medidas oportunas para que se hiciese en centro adecuado a su estado mental para el caso de que, finalmente, en el acto del juicio oral se pudiese apreciar la eximente y acordar la medida de seguridad oportuna. [...] En efecto, la Administración Penitenciaria cuenta con los servicios médicos necesarios para tratar las dolencias que se puedan presentar. En caso de que ello no pudiera ser así, tales servicios sanitarios lo pondrían de manifiesto y sería, entonces, cuando, en su caso, podría valorarse una modificación de la medida cautelar. Además, el recurso se limita a enunciar ciertas enfermedades, pero, para nada, justifica la incompatibilidad de las mismas para estar en situación de prisión provisional o la insuficiencia de servicios médicos penitenciarios para poder atenderlas sin merma para la salud del investigado».

⁹ Pilar Martín Ríos, «La necesidad de prever medidas cautelares *ad hoc* para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrIm de 2020», *Revista Brasileira de Di-*

2. HIPÓTESIS DE PARTIDA, ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA

El propósito de esta investigación es analizar la aptitud de las vigentes medidas del art. 544 *bis* LECrim en relación con ciertos supuestos de enfermedad o trastorno mental en la persona investigada, sobre quien va a recaer la obligación de cumplimiento, así como poner de manifiesto la problemática particular que enfrenta el investigado enfermo y obligado a la medida ante un posible incumplimiento¹⁰.

Nuestro punto de partida reconoce un escenario de partida desfavorable para el adecuado cumplimiento de la medida acordada cuando median ciertas enfermedades o trastornos mentales. Al margen de los casos en los que la enfermedad o anomalía mental impiden a la persona comprender el significado de la prohibición que se le dirige o actuar conforme a ella — en cuyo caso, la previsible ineficacia de las medidas del art. 544 *bis* LECrim podría favorecer el decreto de la medida cautelar de prisión provisional desde el primer momento— parece que:

- a) el recto cumplimiento de la orden deviene más improbable si la comprensión de su existencia y alcance viene dificultada por la enfermedad mental padecida;

reito Processual Penal 7, n.º 3 (2021): 1751-82; Jesús-Miguel Hernández Galilea, «Las medidas cautelares privativas de libertad en supuestos de encausados con trastorno mental en el ALECRim 2020», en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 1ª (Navarra: Aranzadi, 2022), 149-82; Belén Hernández Moura, «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRim de 2020», en *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 1ª (Navarra: Aranzadi, 2022), 321-64.

¹⁰ Según el art. 544 *bis* LECrim: «en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o CCAA. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la CCAA, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 544 *ter* o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar. [...]».

b) en escenarios en los que la prohibición de comunicación y/o alejamiento se dicta respecto de quien representa el núcleo esencial de cuidado del investigado enfermo, el cumplimiento de la medida compromete gravemente la situación vital de la persona obligada.

Uno y otro supuesto tienen en común que la persona obligada va a enfrentar serias dificultades para cumplir la medida acordada y ello repercutirá en un más probable incumplimiento de aquélla, con las gravosas consecuencias procesales (y también penales) derivadas de ello¹¹. Consecuencias que recoge el párr. 4º del art. 544 *bis* LECrim y que, de nuevo y en la mayor parte de los casos, nos sitúan ante un conocido problema: la inadecuación de la medida cautelar de prisión provisional adoptada frente al investigado con determinadas enfermedades mentales.

Hasta alcanzar dicha conclusión, y tras unas primeras consideraciones en torno a las medidas cautelares limitativas de la libertad deambulatoria y de comunicación, el trabajo aludirá al papel que juega en la regulación actual la enfermedad o trastorno mental en la concreción de la medida para seguidamente exponer las posibles consecuencias procesales derivadas de su incumplimiento. A modo de cierre, se referirán algunas medidas alternativas al alejamiento o la prohibición de comunicación que, logrando un efecto muy similar o incluso idéntico al que cumpliría cualquiera de las medidas del art. 544 *bis* LECrim, resultan, a nuestro modo de ver, más respetuosas con el estándar internacional de garantías procesales para las personas vulnerables por su padecimiento mental sospechosas o acusadas en procesos penales¹².

¹¹ Finalizada la alusión a las consecuencias procesales que podrían derivarse de un hipotético incumplimiento, el propio art. 544 *bis* LECrim advierte de otro tipo de responsabilidades «que del incumplimiento pudieran resultar» —art. 544 *bis* LECrim *in fine*. Se está refiriendo la LECrim a la posible responsabilidad penal derivada de un delito de quebrantamiento, en este caso, de medida cautelar, tipificado en el art. 468 CP. Al análisis de las consecuencias *penales* del quebrantamiento cuando media enfermedad o trastorno mental dedicaremos un trabajo distinto, esperamos, de próxima publicación.

¹² El 30 de noviembre de 2009 el Consejo de la Unión Europea adoptaba una *Resolución relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* —2009/C 295/01— cuya medida quinta (señalada en el documento con la letra e) ponía el foco de atención en las «salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables» en atención a su edad o a su condición mental o física. Más adelante, el 11 de diciembre de 2009, y en el marco del Programa de Estocolmo —(2010/C 115/01)—, el Consejo Europeo, dentro del apdo. dedicado a los derechos de las personas en los procesos penales, invitaba a la Comisión a «examinar nuevos elementos de los derechos procesales mínimos» al objeto de continuar fomentando una mejor cooperación en lo que se refiere, por ejemplo, a la presunción de inocencia. De las cuatro Directivas dictadas sobre la base de dicho plan, interesa especialmente a nuestro objeto de estudio la *Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y*

Con este horizonte, el trabajo se vale de las consideraciones que la doctrina especializada ha realizado hasta la fecha sobre nuestro objeto de estudio, así como algunos de los pronunciamientos judiciales que con mayor nitidez muestran las dificultades que enfrenta el investigado con condicionantes en su salud mental y sobre el que recae la obligación de cumplir alguna medida del art. 544 *bis* LECrim.

II. MEDIDAS CAUTELARES LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DEAMBULATORIA Y DE COMUNICACIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES

El 9 de junio de 1999 entraba en vigor la *Ley Orgánica 14/1999 de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*¹³. Entre otras modificaciones, dicha Ley introducía el art. 544 *bis* LECrim, vigente hoy tras algunos cambios. De esta forma, junto con las medidas cautelares, digamos,

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, cuyo considerando núm. 42 establece la obligación de los Estados miembros de atender a las necesidades específicas de las personas vulnerables, particularmente en atención al derecho a estar presente en juicio y el derecho a un nuevo juicio. Para aclarar qué se debe entender por persona vulnerable o, más bien, por persona vulnerable sospechosa o acusada en un proceso penal, la Directiva remite a la *Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales* (2013/C378/02) y en concreto al cdo. núm. 1. Estas personas vulnerables serán entonces aquellos «sospechosos o acusados que no puedan comprender y participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, condición mental o física o sus discapacidades». Destacaremos, asimismo, la recomendación núm. 14 del mismo texto: «los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la privación de libertad de las personas vulnerables antes de su condena es una medida de último recurso, proporcionada y realizada en condiciones que se ajustan a sus necesidades. En caso de privación de libertad, deben adoptarse medidas adecuadas para garantizar que las personas vulnerables disponen de alojamiento razonable en función de sus necesidades particulares». Recientemente, la Comisión Europea aprobaba la *Recomendación (UE) 2023/881 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión*. A ella nos referiremos en el apdo. 3.1. de este trabajo. Por su parte, el art. 14 apdos. primero y segundo del *Convenio de Derechos de las Personas con Discapacidad* establece que las personas «no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad», por más que exige el aseguramiento por parte de los Estados parte de que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratados de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

¹³ Vid. BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999.

convencionales —prisión provisional, libertad provisional con o sin fianza, algunas medidas accesorias como la retención del pasaporte o la vigilancia del imputado y las medidas de carácter real— la LECrim y otras leyes, especialmente la *Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género*¹⁴, incluyeron otras medidas, sutilmente distintas a las primeras, con la garantía para la seguridad de la víctima como esencial razón de ser¹⁵.

A este respecto, el art. 544 *bis* LECrim prevé la posibilidad de que el Juez de Instrucción, en el curso de la fase de investigación de uno de los delitos mencionados en el art. 57 CP —homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico—, imponga a la persona investigada alguna de las siguientes medidas limitativas: a) prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; b) prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, y, por último, la c) prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas¹⁶. Tiempo después, y de la mano del art.

¹⁴ Vid. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

¹⁵ Respecto a las prohibiciones de residencia, circulación y comunicación, indica MORENO CATENA: «la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECrim en materia de protección a las víctimas de malos tratos, introdujo, con desigual fortuna, diversas modificaciones tanto en la legislación sustantiva como procesal, todas ellas encaminadas a una mejor salvaguarda de las víctimas de delitos violentos causados en el ámbito familiar, cuya incidencia había crecido de forma alarmante. Entre las modificaciones introducidas en el ámbito procesal destaca el art. 544 *bis* LECrim [...]. Desde un punto de vista sociológico y político la prohibición de residencia y de desplazamiento a determinados lugares responden derechamente a la reivindicación manifestada por gran parte de la opinión pública española, preocupada y en muchos casos irritada ante la ineficacia del sistema judicial para hacer frente a los delitos violentos producidos en el ámbito familiar. En efecto, la principal carencia estaba en la fase de investigación, cuando, una vez presentada la denuncia, la querrela o el atestado, la víctima (por lo general física y económicamente más débil que el agresor) venía obligada a soportar la proximidad del presunto responsable, cuando no a convivir bajo el mismo techo. Desde un punto de vista jurídico debe reconocerse, sin embargo, que el art. 544 *bis* desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal, ya que su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del investigado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima de futuras y probables agresiones». Vid. Víctor Moreno Catena, «Lección 21. Otras medidas cautelares y medidas de protección», en *Derecho procesal penal*, de Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 377.

¹⁶ Sobre ello, vid. Manuel Díaz Martínez, «Lección 20. Prisión provisional. Libertad provisional. Medidas de protección de las víctimas de violencia de género, doméstica y menores de edad y con la capacidad judicialmente modificada. Otras resoluciones provisionales», en *Derecho Procesal*

2 de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁷, se incorporaba a la ley procesal el art. 544 *ter* LECrim, introduciendo la llamada *orden de protección a la víctima* que, trascendiendo el ámbito estrictamente penal, nacía con vocación de ofrecer a las víctimas de violencia doméstica —utilizando ahora la nomenclatura del propio artículo y al margen de que la Exposición de motivos de la Ley de 2003 hable de violencia de género— un estatuto integral de protección, incluyendo medidas cautelares de orden penal y civil, pero también medidas de tipo asistencial y de protección social¹⁸.

Un sector muy representativo de la doctrina ha entendido que la naturaleza jurídica de las medidas de los arts. 544 *bis* y *ter* LECrim no puede ni debe equipararse con la de las medidas cautelares *tradicionales*. Para autores como MORENO CATENA, BARONA VILAR o DÍAZ MARTÍNEZ, las medidas del art. 544 *bis* LECrim superarían la concepción clásica de las medidas cautelares de carácter personal en tanto en cuanto entre las razones justificativas de su adopción no podría identificarse un peligro o riesgo para el desarrollo del proceso motivado por posibles demoras, pero sí un ánimo protector de la víctima respecto a eventuales y futuras agresiones¹⁹. De este modo, en su justificación no se podría aludir al acostumbrado *periculum in mora*; sí, en cambio, al *periculum in damnum* o peligro fundado de reiteración delictiva, lo que para dichos autores implica asumir como punto de partida en la adopción de la medida una presunción de culpabilidad.

En una concepción distinta —con la que nos alineamos—, FERREIRO BAAMONDE se muestra a favor de reconocer idéntica naturaleza jurídica de medidas *cautelares* a estas medidas protectoras en tanto los requisitos y presupuestos para acordarlas serían, en realidad, compartidos, por más que la necesidad de protección de las víctimas no puede acotarse únicamente al momento final del proceso, sino que debiera extenderse durante

Penal, de Vicente Gimeno Sendra, Sonia Calaza López, y Manuel Díaz Martínez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 403-4.

¹⁷ Vid. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

¹⁸ Sobre la orden de protección vid. el trabajo de M^a Dolores Fernández Fustes, «Protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección», en *Violencia contra la mujer*, de Fernando Vázquez Portomeñe Seijas (dir.), 1.^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 293-313.

¹⁹ Vid. Moreno Catena, «Otras medidas cautelares y medidas de protección», 377; Silvia Barona Vilar, «Medidas cautelares específicas», en *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*, de Juan Montero Aroca et al., 27.^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 310; Díaz Martínez, «Prisión provisional. Libertad provisional. Medidas de protección de las víctimas de violencia de género, doméstica y menores de edad y con la capacidad judicialmente modificada. Otras resoluciones provisionales», 404.

toda la tramitación de la causa —arts. 19 y 25 de la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*²⁰. Con todo, el autor sostiene la necesidad de redefinir la concepción del *periculum in mora*, el cual, siendo aplicable también a las medidas del art. 544 *bis* y *ter* LECrim, debiera entenderse de forma que permitiese valorar la incidencia de la espera procesal en la situación personal de la víctima²¹.

A estos argumentos añadimos otro: la identificación entre los presupuestos para la adopción de cualquiera de las medidas del art. 544 *bis* LECrim de la misma necesidad de protección de la víctima presente en la prisión provisional, si bien, probablemente, con un grado menor de intensidad. No obstante, y más allá de cuál sea la *intensidad* de dicha necesidad de protección, lo cierto es que ésta no es desconocida ni ajena en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional: justificada la idoneidad de la prisión provisional para evitar la actuación del «investigado o encausado [...] contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP» —art. 503.1. apdo. 3 letra c) LECrim— existirá el presupuesto para adoptarla, siempre y cuando concurren los requisitos descritos en los apdos. primero y segundo del art. 503.1 LECrim²².

Las medidas contempladas en el art. 544 *bis* LECrim desempeñan, en definitiva, una labor de aseguramiento y prevención y tienen su eje en la figura de la víctima, o, más bien, de quien en este punto inicial del proceso se presenta como víctima. Paralelamente, suponen una suerte de alternativa menos gravosa respecto a otras medidas cautelares más severas, en tanto que, si el obligado se atiene a lo acordado y no compromete los bienes o la seguridad de la víctima, su ingreso en prisión provisional quedaría injustificado²³—razón por la cual, adelantamos, no nos opondremos siempre y en

²⁰ Vid. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

²¹ Xulio Ferreiro Baamonde, «Las medidas cautelares en protección de la víctima de violencia de género y sus hijos menores. Estudio de los artículos 544 *bis* a 544 *quinquies* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su reflejo en la Ley Orgánica 1/2004. Su aseguramiento con medios electrónicos», en *Derecho procesal penal*, de Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (coord.), 1ª (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 373-92.

²² Esto es: toda vez que se aprecien uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena de prisión igual o superior a dos años, o bien con pena privativa de libertad inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso y existiesen motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

²³ Manuel Díaz Martínez, «Lección 20. Prisión provisional. Libertad provisional. Medidas de protección de las víctimas de violencia de género, doméstica y menores de edad y con la capacidad judi-

todo caso a la aplicación de dichas medidas para el investigado con enfermedad o trastorno mental.

El presupuesto ineludible para acordar una de las medidas del art. 544 *bis* LECrim pasa por la apreciación de indicios racionales de la comisión de uno de los delitos enumerados en el art. 57 CP. Asimismo, igual que sucede en el caso de las medidas cautelares *strictu sensu*, la adopción debe realizarse mediante resolución judicial motivada y su mantenimiento se decidirá teniendo en cuenta su naturaleza excepcional, provisional y proporcional a la realización de los fines de protección aludidos. Por esta razón, su adopción sólo será legítima si la concreta prohibición o limitación resulta necesaria para lograr el fin protector que sustenta su adopción.

Poco más refiere la LECrim sobre el proceso de adopción de las medidas del art. 544 *bis* LECrim: estas medidas han de adoptarse en resolución judicial motivada, en el contexto de un proceso penal en curso por alguno de los delitos comprendidos en el art. 57 CP y de conformidad con la excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad de la medida en atención a su fin protector. No hay, además, impedimento para que su adopción lo sea de oficio, sin que medie solicitud de la acusación pública o privada, a tenor de la reforma del 2003 que introdujo la orden de protección del art. 544 *ter* LECrim.

Cierto es, no obstante, que, en concreción del principio de proporcionalidad, el propio art. 544 *bis* LECrim exige la consideración de otros factores en la adopción de la medida tales como la situación económica del investigado, los requerimientos de su salud, su situación familiar y actividad laboral, atendiendo a la posible continuidad de esta última durante la vigencia de la medida y tras su finalización. Circunstancias todas ellas especialmente relevantes desde el prisma de nuestro objeto de estudio, pues la adopción de una de las prohibiciones del art. 544 *bis* LECrim al margen de dicho análisis puede impactar negativamente en el desarrollo de la situación vital del investigado; también en su salud mental. A nuestro juicio, una lectura razonable del art. 544 *bis* LECrim muestra que este precepto no sólo desincentiva que la sola presencia de la enfermedad mental se emplee como justificación de la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima —nutriendo el sesgo que liga enfermedad mental y peligrosidad criminal—, sino que exige evaluar las necesidades del sujeto relacionadas

cialmente modificada. Otras resoluciones provisionales», en *Derecho Procesal Penal*, de Vicente Gimeno Sendra, Sonia Calaza López, y Manuel Díaz Martínez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 403-4.

con su padecimiento mental antes de concretar o acordar la medida. Cuestión esta última de especial relevancia cuando la medida se adopta respecto de personas integrantes del núcleo básico de cuidado del investigado con enfermedad mental.

III. CONSECUENCIAS PROCESALES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA *EX ART. 544 BIS* LECRIM

Ante la inobservancia de la medida acordada por el Juez o Tribunal, el art. 544 *bis* LECrim dispone convocar la comparecencia del art. 505 LECrim; comparecencia dirigida a la posible adopción de la prisión provisional, de la orden de protección del art. 544 *ter* LECrim o de «otra medida cautelar que implique una mayor limitación» de la libertad personal del investigado. A tal fin, y según el literal del precepto, a la hora de tomar dicha decisión se considerarán circunstancias tales como la incidencia, los motivos, la gravedad y circunstancias del incumplimiento. Todo ello, según se advirtió *supra*, sin perjuicio de las responsabilidades penales que del incumplimiento de la medida pudieran derivarse²⁴.

Según lo dicho hasta ahora, y en una primera aproximación, parece que el resultado procesal del incumplimiento implicaría *en cualquier caso* un agravamiento de la medida cautelar en el sentido de una mayor restricción de la libertad del investigado y enfermo, cuya concreción final debiera depender de las particulares circunstancias del propio incumplimiento y las personales del autor.

De las tres clases de medidas agravadas que prevé el art. 544 *bis* párr. 4º LECrim, nos centraremos a continuación en la prisión provisional y las «otras» medidas más restrictivas de la libertad del obligado —la orden de protección del art. 544 *ter* LECrim no plantea problemas singulares a nuestros efectos.

1. AGRAVAMIENTO DE LA MEDIDA: LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR

De entrada, valga insistir en la alta probabilidad de que el investigado aquejado de determinadas enfermedades mentales tenga que enfrentar las

²⁴ Vid. nota al pie núm. 11.

consecuencias procesales de su incumplimiento, cuando la enfermedad afecta a su capacidad de comprender el contenido de la medida o de identificar cuáles de sus conductas son contrarias a la prohibición de alejamiento o comunicación acordada. En otras palabras: a mayor dificultad en la capacidad de comprensión de la medida o actuación conforme a ésta, mayor probabilidad de incumplimiento y, consecuentemente, mayor amenaza de restricciones agravadas para su obligado.

Ello puede conducir a dos situaciones desaconsejables. De un lado, desde la perspectiva de las personas a las que se quiere proteger, una medida cuyo significado deviene incomprensible o no se comprende se torna ineficaz para cumplir los fines protectores perseguidos²⁵. De otro lado, desde la perspectiva del obligado, el incumplimiento le sitúa prácticamente en la situación de preso preventivo. Esto último es lo que interesa ahora analizar.

En la práctica jurisprudencial, la adopción de la prisión provisional respecto de un sujeto aquejado de enfermedad o trastorno mental tras el in-

²⁵ Destacamos la reflexión que sobre la falta de idoneidad de la medida concurriendo determinadas enfermedades o trastornos mentales realiza el Auto de la AP de Barcelona núm. 681/2019, de 4 de septiembre [JUR 2019,297641]: «la medida pretendida no puede advertirse en ese momento necesaria, al haberse prácticamente enervado el riesgo que requería su adopción; ni proporcional, ya que en todo caso la finalidad perseguida podía alcanzarse con una mera coordinación administrativa sin afectar derechos de trascendencia constitucional; ni idónea, ya que la prohibición pretendida no podía ser comprendida por su destinatario dada la constatada enajenación mental que le afectaba en ese momento. [...] Por tanto, habiéndose dictaminado por el médico forense que el inculcado padecía una esquizofrenia paranoide con descompensación psicótica, que provocaba una grave alteración de sus capacidades cognitivas y volitivas para el delito que se le acusa y que le impedía además entender las consecuencias del proceso judicial en curso; y hallándose éste ingresado en un centro hospitalario en el momento del planteamiento de tal medida, sin previsión de fecha en la que pudiera recuperar su salud mental y sin más diligencia instructora pendiente que su toma de declaración, cabía el archivo de la causa hasta su sanidad, sin adoptar pues medida cautelar alguna». En sentido similar se expresa el Auto de la AP de Madrid núm. 1824/2020, de 3 de diciembre [JUR 2021,91512]. En él se discute la (im)procedencia de la retirada del control telemático acordado como medida cautelar en el marco de una orden de protección por estar el investigado internado temporalmente en un Centro de Salud Mental. Al recurso planteado por la acusación particular se adhiere el Ministerio Fiscal, siendo impugnado por la defensa. En este sentido, expone la parte recurrente: «siendo voluntario el internamiento en el Centro de Salud mental, consta en las actuaciones, que el investigado ha salido y entrado del mismo varias veces, sin que pueda obviarse la gravedad de los hechos, en los que aquél (padece una esquizofrenia grave), ha quebrantado tres veces la orden de alejamiento que se le impuso, portando un cúter el día 3 de marzo de 2019, existiendo una alta probabilidad delictiva». Frente a estos argumentos, la AP entiende procedente la retirada del control telemático «considerando que [el investigado] carece de libertad ambulatoria fuera de la clínica habiéndose acordado en todo caso, solicitar al centro hospitalario que comunique al Juzgado la fecha de alta, con el fin de convocar a las partes y valorar de nuevo la necesidad de instalar el dispositivo telemático. Todo lo que refleja el control que el Juzgado va a efectuar de la situación del investigado a los efectos de garantizar el cumplimiento de la medida cautelar impuesta y la seguridad de la presunta víctima».

cumplimiento de alguna medida del art. 544 *bis* apdos. 1º y 2º LECrim, suele fundamentarse con tres argumentos: (a) la inoperancia de las medidas en el escalón inmediatamente inferior —las del art. 544 *bis* LECrim—; (b) la protección de los beneficiarios de la medida quebrantada y (c) los hipotéticos beneficios de la entrada en prisión para el propio investigado enfermo con base en la posibilidad de valoración médica del enfermo a cargo del personal del módulo psiquiátrico del centro penitenciario.

Refleja este escenario el Auto de la AP de Navarra núm. 235/2019, de 12 de julio [JUR 2020,141676]. Dicho Auto resuelve un recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el Auto núm. 235/2019, de 20 de junio de 2019, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tudela, en el que se decretaba el ingreso en prisión provisional del investigado, con problemas psiquiátricos, ante reiterados incumplimientos de la orden de alejamiento dictada en favor de la víctima; víctima que, como en tantos de estos supuestos, es uno de los progenitores del investigado. En este caso, el obligado a la medida habría incumplido el alejamiento dos veces en espacio de tres días; incumplimientos que habrían sucedido también en el pasado existiendo causas abiertas por hechos similares —delito de quebrantamiento de medida cautelar. Esta reiteración delictiva, razona el Auto, haría previsible que el investigado pudiese «continuar realizando estas acciones de forma reiterativa y sistemática, con peligro para la víctima, [*un peligro*] que ya se ha producido». El propio Auto, tras aludir a los requisitos del art. 503.1.3 LECrim y al art. 503.2 LECrim, acaba refiriéndose a la medida cautelar de prisión provisional como una profilaxis «adecuada para la protección de la víctima, e incluso para el propio imputado [*investigado*], dado que así se requerirá en el centro penitenciario que sea tratado en la unidad psiquiátrica para la valoración del mismo».

La defensa, por su parte, solicita la revocación de la orden de ingreso en prisión y su sustitución por el internamiento en un centro terapéutico o psiquiátrico aludiendo, entre otras cuestiones, a la necesidad de recurrir a alternativas menos gravosas para el derecho a la libertad que posibiliten, no obstante, dar cumplimiento a los mismos fines que la prisión provisional. Igualmente, se refiere la defensa a los problemas psiquiátricos que padece su defendido; condicionantes, de otro lado, que pese a no estar debidamente acreditados entonces debido «a la urgencia de la detención», no debieron pasar desapercibidos para el titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en atención a las consideraciones sobre el hipotético beneficio para el investigado que se derivaría del ingreso en prisión y su eventual evaluación psiquiátrica.

A pesar de los argumentos de la defensa, la AP de Navarra acaba desestimando el recurso, afirmando la concurrencia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar de prisión provisional y el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 544 *bis* LECrim. Concluye el Tribunal que «ante la ineficacia, por el comportamiento del investigado, de las medidas limitativas de su libertad previamente adoptadas, se hace preciso la adopción de una medida más severa como la prisión provisional acordada, que [...] resulta proporcional y necesaria para garantizar la integridad física y psicológica de la beneficiaria de la medida de protección indiciariamente incumplida; sin que, finalmente, ante la falta de acreditación en esta causa de circunstancia alguna de las previstas en el art. 508 LECrim, podamos plantearnos, siquiera, su posible aplicación»²⁶.

Coincidimos en la ineficacia de las medidas del art. 544 *bis* LECrim para los casos en los que el investigado padece una enfermedad o trastorno mental que le impide comprender la existencia y alcance de la orden, si bien, apartándonos aquí del criterio de la AP de Navarra, no creemos que esa ineficacia justifique *per se* la adopción de una medida cautelar más severa y enormemente gravosa para quien precisa un tratamiento y seguimiento médico especializado.

Ciertamente, de la normativa internacional no se puede deducir la prohibición de la privación de libertad cuando hay en el sujeto enfermedad o trastorno mental, sino tan solo, como indica HERNÁNDEZ GARCÍA, determinadas obligaciones de ajuste²⁷. Así se desprendería, singularmente, de la regla núm. 14 de la *Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales* —(2013/C 378/02)— y del art. 14 apdos. primero y segundo del *Convenio de Derechos de las Personas con Discapacidad*. En palabras del mencionado autor, «cuando las actuaciones de comprobación del estado mental del investigado sugieren un alto pronóstico de inimputabilidad la prisión no puede convertirse en un recurso asistencial. En particular, no puede sustituir al sistema público de salud mental cuando se descarta la condición normativa de responsable del hecho criminal —primer presupuesto de la propia adopción de la medida

²⁶ Más adelante haremos referencia al art. 508 LECrim como una de las *vías de escape* a las que se ha recurrido para esquivar la *amenaza* de la prisión provisional. Vía, no obstante, cuya adecuación cuestionaremos.

²⁷ Javier Hernández García, «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables. (La inaplazable necesidad de un estatuto procesal específico)», *Revista Jurídica de Cataluña* 4 (2020): 895 y ss.

de prisión provisional. De conformidad a la doctrina constitucional [...] la prisión provisional no puede convertirse en un instrumento de neutralización de todos los riesgos hipotéticos o posibles en un contexto, además, de imputabilidad intensamente alterada o, incluso, anulada. No es la función de la finalidad de la prisión provisional. Lo contrario nos llevaría a un absurdo constitucional como es el de mantener una medida cautelar desconectada de los presupuestos finalísticos y temporales que la pueden justificar»²⁸. La anterior consideración debe llevar a la reflexión sobre cuáles son, en los términos de la propia *Recomendación*, esas «medidas adecuadas para garantizar que las personas vulnerables dispon[ga]n de alojamiento razonable en función de sus necesidades particulares», en este caso, necesidades derivadas de la enfermedad mental.

Estas previsiones se completan con la alusión a la *Recomendación (UE) 2023/881 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión*. En lo que ahora nos ocupa, la recomendación núm. 49 establece que «los Estados miembros deben garantizar que los reclusos tengan acceso en tiempo oportuno a la asistencia médica, incluida la psicológica, que necesiten para mantener su salud física y mental. A tal fin, los Estados miembros deben garantizar que la asistencia sanitaria en los centros de reclusión cumpla las mismas normas que la dispensada por el sistema nacional público de salud, también en lo que respecta al tratamiento psiquiátrico». Por su parte, la recomendación núm. 50 señala como, «en particular, los Estados miembros, deben velar [*porque*] se preste especial atención al tratamiento de los reclusos» con condicionantes en su salud mental. Más adelante, en el apdo. dedicado a «medidas especiales para personas con discapacidad o afecciones médicas graves», la recomendación núm. 75 estresa que los «Estados miembros deben garantizar que las personas diagnosticadas con enfermedades relacionadas con la salud mental reciban atención profesional especializada, cuando sea necesario en instituciones especializadas o secciones específicas del centro de reclusión bajo supervisión médica, y que se proporcione a los reclusos la continuidad de la asistencia sanitaria como preparación a la puesta en libertad, en caso necesario», por más que «las condiciones materiales de reclusión y los regímenes de reclusión» deben satisfacer las necesidades de los reclusos con discapacidad o afecciones médicas graves» —recomendación núm. 76.

²⁸ Hernández García, 896.

Todo ello exige examinar en qué medida las anteriores previsiones pueden efectivamente cumplirse en atención a los recursos disponibles en el panorama penitenciario español. Antes de entrar a analizar —someramente— la situación de las unidades psiquiátricas dependientes, señalaremos que hoy, en España, únicamente se cuenta con *dos* establecimientos psiquiátricos penitenciarios, los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios –HPP en adelante– de Alicante y Sevilla, ambos con graves problemas de funcionamiento puestos de manifiesto desde Instituciones Penitenciarias²⁹. De otro lado, y específicamente en torno a las unidades psiquiátricas dependientes de

²⁹ La precariedad de los dos HHPP existentes en España fue puesta de manifiesto ya en 2011 por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en su Propuesta de Acción sobre Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria: «en líneas generales la situación real de los hospitales psiquiátricos penitenciarios se ha ido progresivamente agravando en los últimos años, con un problema de demanda asistencial, que en la última década ha duplicado prácticamente su población. Tres son los mayores problemas encontrados en ambas instalaciones: (a) sobreocupación por falta de control efectivo sobre los ingresos y sobre las altas médicas; (b) estructura orgánica inapropiada, más penitenciaria que sanitaria, unida a una cierta indefinición de funciones en los profesionales; (c) dificultades objetivas para reclutar el personal técnico necesario, particularmente graves en algunas categorías profesionales. [...] Existe un déficit importante en la comunidad de recursos diagnósticos, de tratamiento y apoyo a los enfermos mentales, así como de disposiciones asistenciales tanto abiertos como cerrados, alternativos a la prisión, de manera que los psiquiátricos penitenciarios y los propios centros penitenciarios se están convirtiendo actualmente en los sustitutos de los antiguos manicomios». Más adelante, el informe sitúa entre los problemas estructurales de ambos hospitales la sobreocupación: el HPP de Alicante dispondría de 371 camas residenciales —al margen de las camas de unidades de agudos e ingresos— y el HPP de Sevilla contaría con 158 camas residenciales. La ocupación media es del 105% y 117% respectivamente. Instituciones Penitenciarias explica esta sobreocupación aludiendo al predominio del «criterio judicial de ingreso y de alta» a pesar de ser ambos HHPP «instalaciones sanitarias». Continúa el informe: «la salida de los psiquiátricos está condicionada a una decisión judicial, forzada además por la ausencia de recursos en la comunidad donde acoger a estos enfermos. Los profesionales ven, además, que los pacientes, incluso una vez que finalizan la medida de internamiento en el HPP frecuentemente se enfrentan a un serio problema de reubicación en su ámbito social. Las familias, son, por regla general, los únicos recursos disponibles para cuidar estos enfermos. En ocasiones los órganos judiciales demandan un informe de vinculación familiar, difícilmente existente cuando—como señalábamos en el cuerpo del trabajo— el hecho delictivo ha tenido lugar precisamente en ese ámbito». Vid. «Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de Acción» (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2011), 11 y ss.15; 17 y ss. Por su parte y siguiendo los datos del Informe General de Instituciones Penitenciarias de 2021, a fecha de 31 de diciembre de 2021 eran 378 las personas ingresadas en uno de los dos HHPP; esencialmente personas con enfermedad mental sometidas a medidas de internamiento judicial. El propio informe, poco más adelante, señala que «en los centros penitenciarios ordinarios dependientes del Ministerio del Interior, los internos que cumplen criterios diagnósticos de Trastorno Mental Grave, pueden encontrarse en situación preventiva, condenados o cumpliendo una medida de seguridad por enfermedad mental», sin especificar el porcentaje de internos en cada una de estas categorías. Vid. «Informe General de Instituciones Penitenciarias» (Madrid: Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2021), 251.

centros penitenciarios, la misma STC núm. 84/2018, de 16 de julio aludía a la constitución de *una* sola unidad psiquiátrica en todo el territorio español. Sería el caso de la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria del centro Brians I (Barcelona), disponible exclusivamente para la población reclusa de Cataluña, teniendo dicha Comunidad transferidas las competencias en materia de Administración penitenciaria. No hay, indicaba el TC, otras unidades psiquiátricas disponibles en otros centros penitenciarios —STC núm. 84/2018, de 16 de julio, FJ 6º. No obstante, a la mencionada entonces por el TC habría que sumar la Unidad de Psiquiatría Legal de Mondragón (Guipúzcoa), inaugurada en noviembre de 2013, disponible para personas que padecen una enfermedad mental grave que, en el contexto de su enfermedad, han de cumplir una medida de seguridad especificada en sentencia o para personas con una enfermedad mental que precisan una hospitalización psiquiátrica faltando aún dicha sentencia³⁰.

En este contexto, es evidente el más que previsible ingreso del enfermo mental e investigado en los módulos de enfermería de los centros penitenciarios ordinarios, donde, en el mejor de los escenarios, se llevará a cabo una valoración médica, se ajustará —en su caso— la medicación y se realizará un seguimiento siempre en función de los recursos disponibles. Según el Informe General de Instituciones Penitenciarias, durante el año 2021 se produjeron un total de 17.779 ingresos en las camas de enfermería de los centros penitenciarios; de ellos, 7.631—el 43%— vinieron motivados por patologías psiquiátricas. Sirvan los datos que se ofrecen en el gráfico *infra* para llamar la atención sobre la prevalencia de la enfermedad mental en el medio penitenciario y la insuficiencia de recursos disponibles para su adecuada atención: entre 2012 y 2021 el promedio de ingresos en camas de enfermería provocados por patología psiquiátrica es del 42,4% respecto del total.

³⁰ Nótese como a pesar del plazo de 18 meses que la Disp. Adic. sexta de la *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003) otorgaba desde su vigencia para las transferencias a las CCAA de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias, tan solo tres se hacen cargo de dichas competencias: Cataluña (1983), País Vasco (2011) y Navarra (2021).



Gráfico de elaboración propia a partir de datos publicados en los sucesivos Informes Generales de Instituciones Penitenciarias

Cierto es que estos datos no obedecen exclusivamente a internos que lo son con carácter preventivo, si bien, no creemos que pierdan pertinencia para ilustrar la saturación en los módulos de enfermería y, por ende, evidenciar la falta de recursos para atender las necesidades psiquiátricas tanto de quien está en el centro penitenciario en calidad de condenado, como de quien lo está dando cumplimiento a una medida cautelar de prisión provisional. Consecuentemente, el argumento que *excusa* la entrada en prisión provisional en la posibilidad de recibir tratamiento médico y psiquiátrico adecuado pierde, desde nuestro punto de vista, toda virtualidad. En ese sentido, y relación con la STC núm. 84/2018, de 16 de julio a la que nos referíamos *supra*, LACAL CUENCA y SOLAR CALVO destacan la crítica que el TC realiza en torno al «uso del concepto de Unidad Psiquiátrica en centro penitenciario, como recurso meramente lingüístico para justificar el internamiento de enfermos mentales en una prisión al uso»³¹.

Ante esta panorámica, cabe preguntarse si sería posible recurrir a los centros psiquiátricos del servicio público de salud mental para que al menos parte de estos enfermos pudiese dar cumplimiento allí a la medida cautelar acordada. Al respecto se pronunciaba la Memoria para el año 2020 de la Fiscalía de la Comunidad de Navarra, señalando la inviabilidad de esta

³¹ Pedro Lacal Cuenca y Puerto Solar Calvo, «El enfermo mental en prisión. ¿Interno o paciente?», en *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*, de Ricardo M. Mata y Martín (dir.) y Tomás Montero Hernanz (cord.), (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021), 249.

solución y ello no solo por la escasez de plazas antes referida, sino también por la falta de recursos disponibles para la custodia del enfermo³².

En definitiva, desde el punto de vista de quien ha de tomar una decisión urgente sobre el destino inmediato de un investigado afectado por enfermedad o trastorno mental que ha quebrantado una de las medidas del art. 544 *bis* LECrim, la prisión provisional, muy a pesar de su improcedencia³³, continúa siendo la solución cautelar más pragmática vista la absoluta indisponibilidad de otras medidas más adecuadas desde el prisma de la salud mental del investigado enfermo. Sin embargo, como puede deducirse de los datos expuestos, dicha solución no supera la calificación de mero *parche*³⁴: de nuevo, la ausencia de recursos implica que un elevado porcentaje de las ocasiones el investigado enfermo, preso preventivo, quede en la enfermería

³² Recientemente, la Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra del año 2020 señalaba, de nuevo, esta cuestión —las cursivas son nuestras—: «queremos referirnos a un problema ya detectado por distintas instancias y operadores jurídicos acerca de la prisión preventiva acordada sobre investigados cuya inimputabilidad en los hechos está casi determinada en la instrucción de las primeras diligencias, y a los que no se les impondrá pena privativa de libertad, sino una medida de seguridad de internamiento a cumplir bien en el psiquiátrico penitenciario o en un centro psiquiátrico de la red de salud mental de la Comunidad Autónoma correspondiente. Cuando se adopta la prisión preventiva al inicio de la instrucción en base al art. 503 LECrim, dado que ya se detecta un problema de salud mental, el Juez de Instrucción *se ve en la necesidad de mandarlo a prisión ya que los centros psiquiátricos del servicio público de salud mental no tienen las medidas de contención y control necesarias para su estancia*, más si el investigado es una persona agresiva y existe riesgo de reiteración delictiva. Si se opta por centro público de salud mental, la única alternativa es la de ser custodiado por la policía durante las 24 horas, con el consiguiente coste y reducción de efectivos para otras labores, así como distorsión y problemas fácilmente entendibles que puede crear esa custodia policial en el centro. La otra opción, ingreso en prisión, al no admitirse como preventivo en psiquiátrico penitenciario por aplicación del art. 184 a) RP, es la única que queda para supuestos de especial peligrosidad. En estos casos, *la inexistencia de unidades psiquiátricas en el centro penitenciario ordinario, hace que normalmente el sitio donde acabe el interno sea en la enfermería, donde en la medida de lo posible recibe tratamiento farmacológico y no realizando actividad alguna*. Como consecuencia de la doctrina establecida por el TC al respecto, se pone de manifiesto la necesidad de introducir legalmente una medida cautelar de internamiento y su lugar de cumplimiento, llamando la atención sobre el hecho de que es absurdo acordar la prisión preventiva cuando se sabe “ab initio” que no podrá imponerse una pena privativa de libertad sino una medida de internamiento. Por todo ello será necesario, si se quiere que conforme a dicha doctrina del TC no entren en prisión provisional en centro penitenciario ordinario, crear unidades en algún centro psiquiátrico, con la debida contención y medidas de seguridad donde poder ingresar a estas personas y donde puedan recibir el tratamiento oportuno». Vid. «Memoria 2020 de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra» (Navarra: Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, 2020), 167 y ss.

³³ Patricia Cuenca Gómez, «El tratamiento de las personas con problemas de salud mental en la normativa penal y penitenciaria. Reflexiones y propuestas», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* 42, n.º 141 (2022): 149.

³⁴ De la misma opinión, Verónica Suárez García, «La prisión provisional aplicada a los exentos de responsabilidad criminal (STC 84/2018)», en *Derecho penal 2020*, de Enrique Ortega Burgos et al. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 170.

sin acceso o, cuanto menos, con acceso limitado a un tratamiento médico especializado como el que precisaría su enfermedad. Situación que, a nuestro juicio, debería ser considerada por quien ha de decidir sobre el ingreso en prisión provisional del investigado y enfermo en atención a la responsabilidad de la Administración penitenciaria sobre «la vida, integridad y salud de los internos»—art. 3.4 *Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre, General Penitenciaria*³⁵.

2. ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR QUE IMPLIQUE UNA MAYOR LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL: PROPUESTAS DE LA JURISPRUDENCIA

Junto con la posible orden de protección y la prisión provisional, el tenor literal del art. 544 *bis* LECrim alude genéricamente a «otras medidas» cautelares generadoras de una mayor restricción en la libertad personal del investigado. Ante esta alternativa, *a priori* más sensible con la específica problemática de los investigados afectados por enfermedad o trastorno mental, surgen dos preguntas.

1. ¿Cuáles son esas otras medidas cautelares que, siendo más restrictivas de la libertad personal del investigado son paralelamente más receptivas a las particularidades del obligado a la medida y, además, logran dar cumplimiento al fin protector de las víctimas? La respuesta a esta primera pregunta es sencilla —e incómoda—, y a ella nos referíamos en la introducción de este trabajo: sencillamente no hay. Nuestro punto de partida es, precisamente, la ausencia de un régimen cautelar específico para el investigado que padece una enfermedad o trastorno mental.
2. Ante dicha ausencia, ¿cuáles son las vías procesales a las que ha recurrido la jurisprudencia para soslayar la prisión provisional?

En la práctica se han buscado algunos *arreglos*, más o menos imaginativos, para evitar el ingreso en prisión provisional —respuesta, como se dijo, probablemente incómoda cuya *bondad material* la hace frecuente en la práctica— y, pese a ello, cumplir con el fin protector de terceros y del propio investigado. Son, ha de advertirse, propuestas absolutamente minoritarias y ampliamente cuestionables desde el punto de vista técnico, por más que puedan compartirse los motivos de fondo.

Tres son las argumentaciones que se han localizado en la práctica jurisprudencial. Como denominador común, cabe señalar que las tres se apoyan

³⁵ Vid. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

en interpretaciones extensivas de diferentes preceptos (arts. 13 LECrim, 95 y 96.2. 1º CP y 508 LECrim).

Nos valdremos, primeramente, del Auto núm. 798/2008, de la AP de Barcelona, de 11 de agosto de 2008 [JUR 2009, 42713]. En el histórico del caso, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell dictó una orden de protección en favor de la víctima; víctima que, sin sorpresa en este punto, era la madre del investigado. Tras algo más de un año desde el Auto que acuerda la medida, el investigado fue detenido en el centro hospitalario al que había acudido con intención de hablar con su padre, siendo el investigado conocedor de que su madre se encontraba allí ingresada. Aproximaciones similares a la descrita habían sucedido ya: el propio investigado manifestó que «desde que le prohibieron en abril acercarse a su madre ha ido al hospital a verla poquitas veces». Puede inferirse entonces que el investigado era conocedor de la existencia de la orden de alejamiento, de la hospitalización de su progenitora en ese concreto centro y de que su padre acompañaba a su madre, pese a lo cual, se dirigió al centro hospitalario en el que, según se desprende del Auto, «se pone agresivo e insulta a su padre, por eso el propio vigilante de seguridad del Hospital [...] llama a los Mossos D'Esquadra y declara ante el Juez de Instrucción que lo vio saliendo de la habitación 803 insultando a su padre haciendo intención clara de agredir físicamente a [...] su padre».

La AP de Barcelona no alberga dudas en torno a la necesidad de acordar una medida más restrictiva que, ante el «nulo efecto disuasorio de la medida de protección acordada a favor de la madre», sea capaz de garantizar la seguridad de ésta; necesidad de protección que la AP hace extensiva al progenitor del investigado. Apoyándose en el informe del psiquiatra y en el historial de ingresos de media y larga estancia en diferentes recursos, la AP se inclina por acordar el internamiento en centro psiquiátrico y de deshabitación en lugar de la prisión provisional, y lo hace apoyándose en los arts. 13 y 544 *bis* LECrim y art. 505.2 LECrim³⁶. La AP argumenta así en favor de acordar un internamiento psiquiátrico como prisión provisional atenuada y modificable si cambian las circunstancias que motivaron originalmente su adopción, «siempre en comunicación con cuanto manifieste el cuerpo mé-

³⁶ La redacción entonces vigente del art. 505.2 LECrim —publicada el 27 de octubre de 2003 y en vigor a partir del día siguiente— era la siguiente: «la audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza».

dico que le trate, y ello porque el propio padre del imputado que se encarga de su cuidado y contención y suministrarle cada día su medicación, asegura que ha sido condenado tres veces por el Juzgado de lo Penal y la pena siempre ha sido internamiento en centro psiquiátrico; que quiere que lo ingresen en un centro psiquiátrico pero no en la cárcel y el propio hijo también quiere que lo ingrese. Por su parte el psiquiatra [...] que lo diagnostica de esquizofrenia paranoide, trastorno de personalidad básicamente antisocial y límite, policonsumidor de alcohol y tóxicos y adicto al juego asegura que “en cuanto a nuestro dispositivo asistencial de salud mental y del CAS de drogodependencias, constatamos el hecho de unas conductas inmodificables *per se* y de la constatada ineficacia de otros recursos de media y larga estancia, durante los cuales se comporta normalmente, para iniciar sus conductas antisociales tan solo salir de los mismos. Se encuentra a la espera de una estancia más prolongada fruto de una resolución judicial, pero que no llega nunca”. Coincidimos con éste en que la estancia en la prisión no servirá para arreglar este problema y proteger definitivamente a los perjudicados, padres de [...], que es lo que en definitiva se pretende; creemos que solo una estancia en centro psiquiátrico y de deshabitación que si es voluntaria permitiría como prisión preventiva el art. 505.2 LECrim [...]».

A pesar de la benevolencia que se adivina en el fondo, lo cierto es que el internamiento psiquiátrico involuntario o forzoso es una medida, a todas luces, privativa de libertad y, como tal, debiera contar con una cobertura legal específica en Ley Orgánica: hay una afectación clara al derecho fundamental a la libertad —arts. 17 y 81.1 CE. El art. 13 LECrim, recogiendo como primeras diligencias aquéllas que tienen que ver con la protección de los ofendidos y perjudicados por el delito, no contempla esta previsión. Por lo tanto, a nuestro modo de ver, no cabe dentro de los márgenes del art. 13 LECrim acordar entre esas primeras diligencias de protección una medida privativa de libertad como es el internamiento en centro psiquiátrico.

Con la misma idea de fondo —pero empleando una argumentación distinta—, citaremos para ejemplificar la segunda vía de las señaladas *supra* el Auto núm. 111/2005, de la AP de Álava de 25 de agosto de 2005 [JUR 2006,4327]. Es ya representativo como el Tribunal, antes incluso de referirse a la excepcionalidad de la prisión provisional, subraya las repercusiones negativas para la salud del obligado derivadas de su ingreso en centro penitenciario a fin de dar cumplimiento a la medida. Así, durante el tiempo en el que estuvo vigente la prisión provisional inicialmente decretada, el investigado habría sido remitido hasta en cuatro ocasiones a la unidad (civil) de psiquiatría del hospital correspondiente a iniciativa del propio equipo

médico del centro penitenciario. Acordada la libertad provisional, el investigado fue trasladado definitivamente del centro penitenciario al Hospital Santiago Apóstol, cuyo equipo médico decidió nuevamente trasladarlo al hospital psiquiátrico de Álava. Algo más de un mes tras su ingreso en dicho centro, desde la jefatura de la unidad de psicosis refractaria del hospital psiquiátrico se solicitó autorización del juzgado para proceder al alta hospitalaria, argumentando que desde el punto de vista médico no resultaba ya necesario prolongar el tratamiento en régimen hospitalario. Dicha petición hacía alusión a una cita ya programada en el centro de salud mental correspondiente donde, quien sería después recurrente, debía seguir tratamiento ambulatorio. En este escenario, la Juez de Instrucción acuerda de vuelta el ingreso en prisión provisional —art. 539 LECrim³⁷.

Siendo estos los antecedentes, la AP de Álava se inclina en favor de la adopción de «una medida menos gravosa que el ingreso provisional en prisión, cual es la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico». En el razonamiento del Tribunal, dicha medida, además de ser más adecuada desde el punto de vista de la salud del investigado, permitiría dar cumplimiento a «los mismos fines que la Juez pretende alcanzar con la prisión provisional [...], estos son, asegurar la presencia del apelante en el proceso por inferir racionalmente un riesgo de fuga (art. 503.1.3º a), y, evitar el riesgo de que el apelante cometa otros hechos delictivos (art. 503.2)». Obsérvese como la AP de Álava habla específicamente de la «medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico», medida que, como se ha visto, no contempla la LECrim.

Para dar cobertura legal a la inexistente medida, el Tribunal recurre a la aplicación extensiva de los arts. 95 y 96.1.2º CP, aplicándolos a un supuesto claramente distinto a aquél para el que están pensados. En efecto, una de las medidas de seguridad previstas en el art. 96.2 CP es el internamiento en centro psiquiátrico; ahora bien, el art. 95.1 CP prevé esa y otras medidas de seguridad como medidas acordadas por el Juez o Tribunal *en sentencia*, previos los informes correspondientes, cuando (a) el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito y (b) se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. En el supuesto de hecho el momento procesal es evidentemente distinto. La cuestión que aquí se debatía no era si imponer o no una medida de

³⁷ En la dicción literal del art. 539 LECrim: «los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En su consecuencia, el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente [...]».

seguridad o sustituir la pena por una de estas medidas, por lo que, a nuestro modo de ver, no cabe anticipar su aplicación como medida cautelar o, en fin, a un momento procesal anterior o distinto del que es su planteamiento original —art. 4.2 CC. Esta es, de hecho, la razón por la que la segunda parte del art. 383 LECrim, sobre la *demencia* sobrevenida, ha quedado, *de facto*, derogada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —TS en adelante³⁸.

Quedaría aún una tercera vía explorada en la práctica a fin de buscar una solución más adecuada en los supuestos a los que nos referimos. Vía que dejaba apuntada el Auto de la AP de Navarra núm. 235/2019, de 12 de julio, antes comentado. Nos referimos al art. 508. 1 y 2 LECrim. No obstante, y aunque quizá con más dudas que en los supuestos anteriores, tampoco consideramos que sea ésta una vía satisfactoria. Y no lo es, en relación con

³⁸ Esta interpretación se refleja en el Auto núm. 416/2010, de 29 de julio, de la AP de Tarragona [JUR 2011,83608]: «respecto a la posible afectación de sus capacidades intelectivas y volitivas en el momento de comisión de los hechos derivada de la posible enfermedad mental que padece, debe destacarse que, en este momento inicial de la instrucción, ni siquiera consta acreditada tal enfermedad, pues el médico forense informó, en fecha 26 de junio de 2010, que el recurrente requería de una valoración psiquiátrica. Además, deberá ser en el acto del plenario donde se determine la posible concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues en este momento no pueden apreciarse todas las consecuencias que pretende, es decir, que la posible pena a imponer en su día pudiera llegar a ser mínima por la concurrencia de varias circunstancias o, incluso, que se le pudiera imponer una medida de seguridad. Además, todo ello no impide apreciar que se estimen concurrentes todos los requisitos exigidos en el artículo 503 LECrim para la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, pues, en cualquier caso, no cabe en este momento procesal la aplicación de las medidas de seguridad previstas en el artículo 96 CP pues nos encontramos al inicio de la instrucción y las medidas de seguridad están previstas para los declarados exentos de responsabilidad criminal, *ex* artículos 101 a 104 del Código Penal, exención que solo podrá determinarse en sentencia. Efectivamente, no existe ningún precepto legal que regule la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico alternativa o sustitutiva de la prisión provisional. Únicamente en el artículo 508 LECrim se regula la prisión domiciliaria atenuada por razón de enfermedad grave, precepto que, si bien no impide su aplicación al enfermo mental, no está pensado para éste, pues difícilmente podrá afirmarse que la salud del enfermo mental corre un grave peligro por su internamiento en un centro penitenciario por el solo hecho de ser un enfermo mental, de igual manera que tampoco la permanencia en su domicilio parece lo más indicado para abordar un tratamiento psiquiátrico y, todo ello, sin perjuicio, claro está, de lo que determinen los médicos del centro penitenciario en orden a suministrarle el tratamiento adecuado al estado actual de su posible enfermedad o, en su caso, a proceder al traslado del interno a los módulos psiquiátricos adecuados para ello». En el mismo sentido vid. Auto núm. 49/2008, de 29 de enero de la AP de Tarragona [JUE 2008,105794]. Vid. también Belén Hernández Moura, «Tratamiento procesal del investigado afectado por “demencia” sobrevenida: a vueltas con el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Desafíos del Derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, de Irene Merino Calle, Alejandro Hernández López, y Elena Laro González (eds.), (Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2022), 175-87.

el art. 508.1 LECrim³⁹, al menos por dos razones. De un lado, si bien este precepto regula una modalidad atenuada de prisión provisional en régimen domiciliario, lo hace para facilitar un tratamiento ambulatorio, no un internamiento psiquiátrico. Y, por otro lado, porque, si bien esta fórmula pudiera hacer las veces de *parche* en los casos en los que el investigado y la persona a la que se quiere proteger no comparten domicilio, no lo es para los supuestos en los que la violencia tiene lugar dentro del hogar —supuestos con amplia representación entre los casos que nos ocupan.

Por su parte, la idoneidad del art. 508.2 LECrim⁴⁰ sería aún menor: el art. 508.2 LECrim está pensado para los supuestos de toxicomanía, no para otros escenarios. Las escasas resoluciones que se han podido localizar y que hacen referencia a esta posibilidad tampoco se muestran a favor de esta interpretación —vid. Autos núm. 294/2019, de 9 de agosto de la AP de La Rioja [JUR 2019,259476]⁴¹ y núm. 49/2008, de 29 de enero de la AP de Tarragona [JUR 2008,105794].

³⁹ Según el art. 508.1 LECrim: «el juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el investigado o encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa».

⁴⁰ Siguiendo lo dispuesto en el art. 508.2 LECrim: «en los casos en los que el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida».

⁴¹ Si bien dicha resolución niega la idoneidad del art. 508 LECrim, no lo hace con base en la falta de correspondencia entre los escenarios para los que el art. 508 LECrim fue pensado y los que nos ocupan en este trabajo. Al contrario, el Auto se muestra a favor de integrar en el art. 508 LECrim a las personas afectadas por enfermedad o trastorno mental: «precepto que, si bien no impide su aplicación al enfermo mental, no está pensado para éste, pues difícilmente podrá afirmarse que la salud del enfermo mental corre un grave peligro por su internamiento en un centro penitenciario por el solo hecho de ser un enfermo mental, de igual manera que tampoco la permanencia en su domicilio parece lo más indicado para abordar un tratamiento psiquiátrico. En cuanto al artículo 508.2º CP [LECrím], éste regula la sustitución de la prisión provisional por ingreso en centro oficial o de organización legalmente reconocida para aquellos toxicómanos sometidos a tratamiento de desintoxicación o deshabituación cuyo ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, con una serie de condicionantes, de lo que se desprende que tampoco contempla al enfermo mental que se hallare sometido a tratamiento de su patología que pudiera verse frustrado por su ingreso en prisión».

En virtud de lo expuesto, ante la ausencia de un régimen cautelar específico para quien se encuentra afectado por una enfermedad o trastorno mental, las consecuencias procesales que enfrenta el investigado enfermo tras el incumplimiento de una medida cautelar del art. 544 *bis* LECrim no difieren en nada respecto de las que afrontaría quien no sufre una enfermedad mental. Vistas las deficiencias técnicas de las soluciones exploradas por la jurisprudencia, sobre el investigado enfermo sobrevuela en la mayor parte de las ocasiones la *amenaza* de prisión provisional. Analizadas también las condiciones de infradotación del sistema psiquiátrico penitenciario y más allá del pragmatismo de la solución, dicho ingreso no puede más que considerarse alarmante por más que, en contra de lo dispuesto en el art. 544 *bis* LECrim, no estaría considerando las circunstancias del incumplimiento y el potencial empeoramiento de la enfermedad mental del investigado⁴².

¿Cuáles son, entonces, las alternativas que podemos presentar a quien se encuentra en la tesitura de tomar una decisión de tal calibre? A esta cuestión trataremos de dar respuesta en el apartado siguiente.

3. ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL ANTE UN EVENTUAL AGRAVAMIENTO DE LA MEDIDA

En tanto no se cuente con un régimen cautelar específico —opción claramente preferente—, la fórmula más respetuosa con las circunstancias de salud mental del investigado está, a nuestro modo de ver, *fuera del ámbito penal*. Y ello tanto si se discute *prima facie* la idoneidad de una medida cautelar de prisión provisional frente al investigado enfermo —singularmente, en caso de que las características de la enfermedad mental impidan al investigado entender el significado y alcance de la prohibición de acercamiento o comunicación y actuar conforme a dicho entendimiento—, como si lo planteado es sustituir el actual régimen de agravación del art. 544 *bis* apdo. 4º

⁴² Desde una perspectiva psiquiátrico LILLO ROLDÁN señala que «tanto en hecho de la detención de un sujeto, como su posterior traslado a dependencias policiales e interrogatorio, como la adopción de la prisión provisional o la aplicación de una medida de alejamiento, son tres acontecimientos vitales estresantes de suficiente entidad como para ser considerados factores desencadenantes de la descompensación del Campo Sistémico Etiopatogénico. Esta descompensación no sólo trae como consecuencia la puesta en marcha de la patogenia y el surgimiento de un trastorno mental, sino que actúa agravando o reagudizando la enfermedad mental existente en el sujeto». Vid. Rafael Lillo Roldán, «Procedencia de las medidas cautelares en casos de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas», en *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, de Ignacio Flores Prada (dir.), (Navarra: Aranzadi, 2017), 209-33.

LECrím. Es decir: nuestra propuesta de acudir a medidas de la jurisdicción civil se extiende tanto a los casos en los que cabe plantearse la adopción de una medida cautelar de prisión provisional como a los de agravación del régimen cautelar como respuesta al incumplimiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación y/o comunicación. Y ello porque estas medidas, desde un planteamiento terapéutico, lograrían dar cumplimiento al fin protector de las víctimas sin descuidar las necesidades de salud mental de la persona investigada.

Concretamente, en nuestra opinión, cabría acudir a los arts. 762⁴³ y 763 LEC⁴⁴. En caso de que existiesen razones de urgencia que hiciesen necesari-

⁴³ Según la dicción literal del art. 762 LEC: «1. Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria. 2. El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior. Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. 3. Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley».

⁴⁴ En el literal del art. 763 LEC: «1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley. 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. 3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación. 4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando

ria la medida de prisión provisional, podría recurrirse en su lugar al internamiento civil no voluntario del art. 763 LEC⁴⁵. No obstante, somos conscientes de que desde el prisma del Juez de guardia o, en su caso, del Juez de instrucción, esta posibilidad presentaría al menos dos puntos débiles.

De un lado, existen dudas sobre la posible aplicación directa del art. 763 LEC por parte del Juez penal. Sin embargo, entendemos que podría también llegarse a dicho internamiento por decisión del responsable del centro civil correspondiente, tras la valoración psiquiátrica del sujeto ordenada por el Juez penal *ex art.* 381 LECrim, efectuándose después comunicación al Tribunal civil competente⁴⁶.

lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

⁴⁵ En este sentido se expresa el Auto núm. 195/2019, de la AP de Ávila, de 18 de septiembre [JUR 2019,285550]: « el derecho fundamental a la libertad impide que nadie pueda ser ingresado en ningún lugar, en contra de su voluntad, ni aún para el bien de su propia salud, física o psíquica, si bien en supuestos de trastornos psíquicos, en los que el propio enfermo no es consciente de su mal y, por ello, se resiste a ver mermado su derecho a la libertad, no comprendiendo la razón de que se le quiera despojar de él, el ordenamiento configura una norma que permite velar por su salud psíquica, que se ha perdido, sin que se prive de libertad más de lo necesario, y siempre que concurren las circunstancias legalmente previstas para ello. Esta es la finalidad perseguida en los preceptos mencionados, y, en concreto, en el art. 763, que permite el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, en los supuestos, a que él mismo se refiere». No obstante, y a pesar de dicho razonamiento, el Auto acaba desestimando el recurso, indicando como «a buen seguro será objeto de evaluación por la Unidad de Psiquiatría del Centro Penitenciario», ahondando en la línea justificativa apuntada en el cuerpo del texto.

⁴⁶ En torno a los problemas de competencia que en este punto pudiera surgir es interesante el Auto del TS núm. 20/2014, de 24 de septiembre [JUR 2014,258195]. En el supuesto de hecho, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Murcia inició diligencias urgentes/juicio rápido en el marco de los cuales el instructor acordó *ex art.* 381 LECrim la exploración por parte del especialista psiquiátrico del investigado para decidir sobre la oportunidad de un internamiento en el hospital psiquiátrico, especificando que «en caso de ser procedente [*dicho*] ingreso [...] se proceda a formalizar legalmente el internamiento no voluntario previsto en el art. 763 LEC». Tras dicha valoración, el Hospital Psiquiátrico Román Alberca de Murcia comunicó al Juzgado de Primera Instancia núm. 9, al que había correspondido el asunto, el ingreso del investigado por indicación facultativa. Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia dicta Auto inhibiéndose en favor del Juzgado de Instrucción entendiendo que la competencia correspondía a aquél. En este caso, la Sala de Conflictos de Competencia del TS acaba resolviendo el conflicto negativo en favor de la jurisdicción civil, argumentando que «el Juzgado de Instrucción no adoptó medida alguna de tal clase que pudiera suponer privación de libertad, sino que simplemente acordó el examen psiquiátrico y que, en caso de estimarse necesario el ingreso, se formalizara legalmente el internamiento no voluntario previsto en el art. 763 LEC. De ahí que la intervención del Juzgado de Instrucción no determina su competencia en el presente caso y la decisión, y posterior seguimiento, de dicho

Y, de otro lado, en virtud del último párr. del art. 763.4 LEC podría suceder que, transcurridos unos días y estabilizado el paciente investigado, los propios facultativos que lo han atendido, considerando que no es preciso mantener ya su internamiento, den el alta al enfermo, comunicando dicha situación al Tribunal de primera instancia. De darse esta situación, a ojos del Juez penal, el fin protector de las víctimas que motivó en origen el dictado de la medida cautelar del art. 544 *bis* LECrim podría quedar frustrado con el alta del investigado, máxime si la estabilización del paciente es meramente pasajera y subsiste el riesgo de afectación a las víctimas protegidas por la medida cautelar. Por ello, entendemos que, dada la presión para dictar una medida urgente y eficaz en términos (también) de protección a terceros, dicha posibilidad tendría, en realidad, pocos incentivos en la práctica⁴⁷. Y ello por más que, estabilizado el investigado enfermo, el eventual riesgo para las víctimas o para el propio enfermo pudiera no ser apreciable.

En relación con esta posible vía, LLEDÓ GONZÁLEZ y VICO FERNÁNDEZ entienden que en la STS núm. 718/1993, de 31 de marzo [RJ 1993,3154] el TS admite la posibilidad de aplicar en el proceso penal la legislación civil sobre el internamiento de personas incapaces; posibilidad de la que LLEDÓ GONZÁLEZ discrepa y que, salvo error en la interpretación, no parece ser rechazada por la segunda autora⁴⁸. Por nuestra parte, nos alejamos de ambas interpretaciones, pues, a nuestro parecer, cuando la sentencia habla de «medidas preventivas» se está refiriendo a *medidas de seguridad*, y no a medidas cautelares: «es claro que en el sistema actual de doble vía del derecho vigente las medidas preventivas, aunque estén fuera del Código Penal, pueden ser aplicadas por los Tribunales penales». Por este motivo, esta sentencia no sería de aplicación para argumentar en favor o en contra de la competencia del Juez penal para la aplicación directa del art. 763 LEC.

internamiento corresponde al juez civil, por lo que la cuestión ha de decidirse a favor de la competencia de dicha jurisdicción».

⁴⁷ De esta opinión GALLEGO MARTÍNEZ: «dicha solución, sin embargo, no resulta factible en los supuestos de alta peligrosidad del sujeto por cuanto se lleva a cabo en centros ajenos al control penitenciario y/o policial y su duración y finalización dependen única y exclusivamente del alta facultativa y, en todo caso, se trata de una medida que debe adoptar y controlar el juez civil». Vid. Victoria Gallego Martínez, «Incidencia de la enfermedad mental y prisión provisional», en *Actas del VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense* (Universidad de León, 2019), 8. Vid. también Pablo Gómez-Escolar Mazuela, «Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC de 22 de octubre de 2015», *Diario La Ley*, n.º 8677 (8 de enero de 2016): 3.

⁴⁸ Lledó González, «Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal», 107-10; Gema Vico Fernández, «Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico» (Barcelona, Universitat de Barcelona, 2015), 99 y ss.

A *fortiori*, VICO FERNÁNDEZ cita el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 71/2009, de 18 de diciembre [JUR 2010, 50037]⁴⁹, al que podríamos añadir el Auto del TS núm. 69/2009, de 22 de junio [JUR 2009, 330680]. En ambas resoluciones puede leerse lo siguiente [*la cursiva es nuestra*]: «en verdad ninguna norma impide al Juez de Instrucción controlar la medida de internamiento por él mismo acordada como sustitutiva de la prisión provisional a la vista de la probable inimputabilidad del presunto autor de los hechos investigados, ni tampoco hay norma alguna que imponga el control de dicha medida por el Juez civil. Muy al contrario, las competencias de los dos órdenes jurisdiccionales, penal y civil, lejos de excluirse pueden llegar a concurrir sobre un mismo sujeto internado, *conservando cada orden jurisdiccional sus propias facultades en función de la diferente finalidad de la medida preventiva del proceso penal, asegurar la presencia en juicio del presunto autor de los hechos y neutralizar su peligrosidad, y del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico regulado en el art. 763 LEC, garantizar los derechos de la persona que, por razón de dicho trastorno, no esté en condiciones de decidir el internamiento por sí*, como demuestra la circunstancia de que se exija la autorización judicial incluso cuando la persona afectada esté sometida a la patria potestad o a tutela⁵⁰ y como demuestra, también, el art. 762 LEC al imponer determinadas obligaciones al Juez civil y al Ministerio Fiscal en materia de medidas cautelares “para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”. De ahí que [...] confiar al Juez civil el control de la medida de internamiento adoptada por el Juez penal suponga una auténtica disfunción, precisamente por ser distintas las funciones del internamiento preventivo del proceso penal y del internamiento no voluntario civil; y de ahí, también, que el Juez penal no tenga que declinar ningún ámbito de su propia competencia, ni menos aún obligar al Juez civil a darle cuenta del control y seguimiento del internamiento acordado, pues el art. 9 LECrim, y más específicamente aún su art. 763 [LECrím], sobre todo si se pone en relación con el apdo. 2 de su art. 508 [LECrím], atribuyen al Juez penal plena competencia para acordar, controlar y poner fin a tal medida como competente que es en general para la instrucción de las causas por delito conforme al art. 87.1 a) LOPJ».

⁴⁹ Vico Fernández, «Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico», 100 y ss.

⁵⁰ Téngase en cuenta que, tras la entrada en vigor de 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*, la patria potestad rehabilitada y prorrogada ya no existen, tampoco la tutela para mayores de edad. Actualmente entre las medidas de apoyo figuran la curatela —sea ésta representativa o no— y las situaciones de guarda de hecho. Igualmente, el art. 762 LEC ya no habla de «presunto incapaz», sino de «persona en una situación de discapacidad».

Desde nuestra perspectiva, el TS no se pronuncia específicamente aquí sobre si el Juez penal está o no facultado para acordar el internamiento no voluntario en centro psiquiátrico *ex art. 763 LEC*, cuestión que probablemente se explique por exceder el objeto del recurso que se resolvía. Sin detenerse en esa cuestión previa —que, de resultar errónea, invalidaría todo el discurso posterior— el TS se plantea si el Juez penal tiene o no competencia para *controlar* el mantenimiento o no de dicha medida. Se podría pensar que el hecho de que el TS pase directamente a debatir sobre a quién corresponde el control de la medida respalda cualquier actuación anterior, visión que parece mantener VICO FERNÁNDEZ. A nuestro modo de ver, no es esa la interpretación más correcta. El propio TS alude a los distintos fundamentos de la «medida preventiva» —medida cautelar— en el proceso penal y el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del 763 LEC. Ello, unido a la claridad con la que el art. 763 LEC atribuye la competencia al «tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento», permite a nuestro juicio concluir que la competencia en este punto es enteramente del Juez civil.

La segunda de las posibilidades planteadas pasa por recurrir al internamiento como medida cautelar, de naturaleza civil, de oficio — art. 762.1 LEC— o a solicitud del Ministerio Fiscal, *ex art. 762.2 LEC*⁵¹. A tal respecto, y sin perjuicio de la valoración del investigado por el personal médico del establecimiento público correspondiente tan pronto como el instructor advierta indicios de enajenación mental —art. 381 LECrim—, constatado el incumplimiento de una de las medidas del art. 544 *bis* LECrim, y como alternativa a otras vías de agravamiento, el Juez penal podría dar traslado bien al Juez civil, bien al Ministerio Fiscal para que, respectivamente, de oficio o a solicitud del último, se debata sobre la idoneidad de la medida cautelar de internamiento. No obstante, insistimos, ya en el ámbito civil y, a diferencia de la primera posibilidad comentada, con posibilidad de prórroga. Esto último evitaría —como hipotética ventaja— el alta eventual a instancia de los facultativos que atiendan al interno comunicada después al Tribunal de Primera Instancia, por lo que el fin protector de la hipotética víctima quedaría *de facto* salvaguardado durante el mantenimiento de la medida y ello por más que el art. 762 LEC esté dirigido a la protección de la persona en situación de discapacidad que, en este caso, será también investigado en el proceso penal.

⁵¹ A esta posibilidad se refieren los Autos núm. 195/2019, de la AP de Ávila de 18 de septiembre [JUR 2019,285550] y núm. 169/2005 de la AP de La Rioja, de 25 de agosto [JUR 2007, 266591].

Ahora bien, esta vía también presenta un punto débil: en tanto medida cautelar, el internamiento así acordado tendría siempre carácter accesorio respecto de otro proceso principal, que en este caso no sería un proceso penal, sino un proceso *sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo*. Con lo cual, la legitimación de la medida cautelar de internamiento va a depender, en todo caso, de que el Ministerio Fiscal —en defecto de la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano— promoviese la adopción de estas medidas, lo cual parece hasta cierto punto independiente de la problemática aquí abordada.

IV. CONCLUSIONES

- I. Ante la ausencia de un régimen cautelar específico, opción preferente, el régimen cautelar previsto para los supuestos en los que el investigado padece una enfermedad o trastorno mental en nada difiere respecto del régimen común. Ello provoca importantes deficiencias que, en última instancia, ahondan en el inadecuado tratamiento que la LECrim dispensa al investigado afectado por una enfermedad o trastorno mental.
- II. No nos oponemos siempre y en todo caso a la posibilidad de recurrir a las medidas cautelares de alejamiento y/o prohibición de comunicación del art. 544 *bis* LECrim si hay enfermedad o trastorno mental en el sujeto pasivo. Al contrario: en atención a la menor afectación de estas medidas en la libertad del investigado, las del art. 544 *bis* LECrim pueden ser una opción viable cuando la afectación mental no impide conocer la existencia de la orden, entender su alcance e identificar qué comportamientos serían susceptibles de contravenirla.
- III. Ahora bien, la idoneidad de estas medidas solo será tal cuando se dicten respecto del investigado con enfermedad o trastorno mental que no conviva con las personas a quienes se pretende proteger y entienda la orden en los términos descritos *supra*. La comprometida situación vital en la que el cumplimiento de la medida cautelar situaría al investigado enfermo si éste ha de mantenerse alejado respecto de la/s persona/s que representan su núcleo esencial de cuidado (y quienes, además, podrán ser sus guardadores de hecho), hacen que el cumplimiento de la misma peligre seriamente. Consecuentemente, la probabilidad de incumplimiento aumentará en estos supuestos. Así, atender a la situación económica, laboral y, muy especialmente,

a la situación familiar y particularidades de salud del investigado en la concreción de la medida en los términos que dicta el art. 544 *bis* apdo. 3º LECrim exige poner en marcha toda una red asistencial a fin de viabilizar el cumplimiento de la medida sin poner en riesgo o agravar la salud mental del investigado y, en fin, su digna supervivencia.

- IV. El régimen de incumplimiento de las medidas cautelares del art. 544 *bis* párr. 4º LECrim deviene ampliamente insatisfactorio cuando el investigado y obligado a la medida padece una enfermedad o trastorno mental. Ante la inadecuación en los casos que nos ocupan de la solución consistente en decretar una orden de protección del art. 544 *ter* LECrim, la ausencia de otras medidas cautelares más limitativas en lo que respecta a la libertad personal del investigado y, paralelamente, más sensibles a las particulares necesidades de salud mental junto con las deficiencias técnicas de otras soluciones propuestas desde la práctica forense, hacen que el escenario más frecuente sea el agravamiento a través del decreto de una medida cautelar de prisión provisional.
- V. Tanto en los casos en los que la ineficacia de las medidas del art. 544 *bis* apdo. 1 y 2 LECrim viene fundamentada en un quebrantamiento previo como si su inoperatividad se supone *prima facie* precisamente por la presencia de la enfermedad mental (porque no hay posibilidad de entender o ajustarse a ellas), estamos ante una situación material de *infratratamiento* del investigado enfermo. *Infratratamiento* que, por lo demás, también afectaría a los investigados con enfermedad o trastorno mental capaces de entender y ajustarse a la medida, pero que la incumplen — el elemento volitivo no minimiza la obligación del Estado para con los internos y la obligación de dispensar un tratamiento adecuado a sus necesidades psiquiátricas.
- VI. La existencia de *dos* hospitales psiquiátricos penitenciarios para dar cobertura a todo el territorio nacional —a excepción de las CCAA con las competencias transferidas— es simple y llanamente insuficiente para dar oportuno tratamiento a las necesidades de salud mental presentes en la población penitencia. Asimismo, las llamadas unidades psiquiátricas de los centros de cumplimiento ordinarios o no existen o son insuficientes, de modo que, en la realidad del medio penitenciario, el preso preventivo con problemas psiquiátricos no recibe un tratamiento más allá del módulo de enfermería del centro, por más que el equipo médico ha de asumir con los mismos recur-

sos las necesidades psiquiátricas tanto de los internos preventivos como de quienes están ya condenados.

- VII. En esta situación, la alternativa que encontramos más viable —aunque no exenta de puntos débiles— exige fijar la atención en medidas más allá del ámbito estrictamente penal, construidas en base a planteamientos terapéuticos. Desde nuestro punto de vista, esta alternativa viene representada por los arts. 763 y 762 LEC.
- VIII. En supuestos en los que ya en sede de instrucción existen sospechas más que razonables de inimputabilidad del investigado cabría recurrir al internamiento civil no voluntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC. A él se podría llegar, bien a instancia de los propios responsables médicos del centro a los que el interno habría llegado para su observación *ex art. 381 LECrim*—a iniciativa del Juez penal—, ratificado después por el Juez de primera instancia del lugar donde radique el centro donde se haya producido el internamiento urgente; bien previa deducción de testimonio por el Juez penal al Juez civil. La competencia recae, en todo caso, dentro del ámbito civil. Cierto es que, si se hace uso de esta posibilidad, el criterio médico es el prioritario para decidir, por ejemplo, sobre la hipotética alta del paciente cuando devenga innecesario su tratamiento en régimen hospitalario, cuestión que podría suceder a los días y una vez estabilizado aquél. Rige aquí, insistimos, un criterio exclusivamente terapéutico que puede restar incentivos a la hora de recurrir a esta vía a ojos del Juez penal, quien, ante el pragmatismo de la medida cautelar de prisión provisional y la necesidad de dar protección a terceros, puede percibir la persistencia de un riesgo para terceros (o el propio sujeto pasivo) cuyas consecuencias serían social y mediáticamente difícilmente asumibles. Por más que, en nuestra opinión, una vez estabilizado el paciente, ese riesgo pueda no ser ya apreciable y, por tanto, cualquier otra medida resulte innecesaria.
- IX. Otra posibilidad pasa por recurrir el internamiento civil como medida cautelar acordada *ex art. 762 LEC*. En este caso, siendo la medida cautelar prorrogable, hay un mayor control judicial sobre la situación del interno respecto de la posibilidad anterior, si bien, siendo el internamiento una medida cautelar, su eficacia quedaría condicionada a la iniciación del procedimiento principal correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Arnáiz Serrano, Amaya. «Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental». En *Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la justicia penal*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 88-99, 2016. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/doctrina46702.pdf>.
- Barona Vilar, Silvia. «Lección 12. Medidas cautelares específicas». En *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*, de Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, Iñaki Esparza Leibar y José Francisco Etxeberria Guridi, 296-318, 27.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. «Psiquiatría y Derecho». En *Manual de Psiquiatría*, de José Luis González de Rivera y Revuelta, Antonio Vela Bueno y José Arana Arregui, 1238-55. Madrid: Karpós, 1980.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *La marginación de los locos y el Derecho*. Madrid: Taurus, 1976.
- Cuenca Gómez, Patricia. «El tratamiento de las personas con problemas de salud mental en la normativa penal y penitenciaria. Reflexiones y propuestas». *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* 42, n.º 141 (2022): 141-48.
- De la Rosa Cortina, José Miguel. «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas». *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 108 (2014): 101-19.
- De la Rosa Cortina, José Miguel. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2015.
- Díaz Martínez, Manuel. «Prisión provisional. Libertad provisional. Medidas de protección de las víctimas de violencia de género, doméstica y menores de edad y con la capacidad judicialmente modificada. Otras resoluciones provisionales». En *Derecho Procesal Penal*, de Vicente Gimeno Sendra, Sonia Calaza López y Manuel Díaz Martínez, 385-423. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Gómez de Liaño Diego, Elena. «Estudio de la tutela cautelar penal en los investigados con trastornos mentales». En *Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la justicia penal*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 100-106, 2016. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/doctrina46702.pdf>.
- Fernández Fustes, M^a Dolores. «Protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección». En *Violencia contra la mujer*, de Fernando Vázquez Portomeñe Seijas, 293-313, 1.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Ferreiro Baamonde, Xulio. «Las medidas cautelares en protección de la víctima de violencia de género y sus hijos menores. Estudio de los artículos 544 bis a 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su reflejo en la Ley Orgánica 1/2004. Su aseguramiento con medios electrónicos». En *Derecho procesal penal*, de Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín (coord.), 373-92, 1ª. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Gallego Martínez, Victoria. «Incidencia de la enfermedad mental y prisión provisional». En *Actas del VI Congreso Nacional Penitenciario Legionense*. Universidad de

- León, 2019. <https://ficip.es/10764-2/actas-del-vi-congreso-nacional-penitenciario-legionense/>.
- Gómez-Escolar Mazuela, Pablo. «Prisión preventiva y medidas de seguridad. LA STC de 22 de octubre de 2015». *Diario La Ley*, n.º 8677 (8 de enero de 2016).
- Hava García, Esther. «Enfermedad mental y prisión: análisis de la situación penal y penitenciaria de las personas con trastorno mental grave (TMG)». *Estudios Penales y Criminológicos XVI* (2021): 59-135.
- Hernández Galilea, Jesús-Miguel. «Las medidas cautelares privativas de libertad en supuestos de encausados con trastorno mental en el ALECRim 2020». En *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 149-82, 1ª. Navarra: Aranzadi, 2022.
- Hernández García, Javier. «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables. (La inaplazable necesidad de un estatuto procesal específico)». *Revista Jurídica de Cataluña 4* (2020): 873-904.
- Hernández Moura, Belén. «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRim de 2020». En *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 321-64, 1ª. Navarra: Aranzadi, 2022.
- «Tratamiento procesal del investigado afectado por “demencia” sobrevenida: a vueltas con el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En *Desafíos del Derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, de Irene Merino Calle, Alejandro Hernández López, y Elena Laro González (eds.), 175-87. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2022.
- «Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de Acción». Madrid: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2011.
- «Informe General de Instituciones Penitenciarias». Madrid: Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2021.
- Jaén Vallejo, Manuel. «Tratamiento de quienes sufren trastornos mentales en el marco del proceso penal». *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 125 (2018): 217-32.
- Lacal Cuenca, Pedro y Puerto Solar Calvo. «El enfermo mental en prisión. ¿Interno o paciente?» En *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*, de Ricardo M. Mata y Martín (dir.) y Tomás Montero Hernanz (cord.), 233-57. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021.
- Lillo Roldán, Rafael. «Procedencia de las medidas cautelares en casos de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas» En *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, de Ignacio Flores Prada (dir.), 209-33. Navarra: Aranzadi, 2017.

- Lledó González, Carlos Luis. «Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal». En *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*, de Fernando Martínez Pérez (dir.), 69-121, 1ª. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- Martín Ríos, Pilar. «La necesidad de prever medidas cautelares ad hoc para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim de 2020». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 7, n.º 3 (2021): 1751-82.
- Martínez Pérez, Fernando (dir.). *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares*. 1ª. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- «Memoria 2020 de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra». Navarra: Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, 2020.
- Moreno Catena, Víctor. «Lección 21. Otras medidas cautelares y medidas de protección». En *Derecho procesal penal*, de Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, 369-84. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Pérez Pérez, Juan Javier y Julia Patricia Santamaría Matesanz. «El internamiento psiquiátrico en el proceso penal». *Boletín Digital Penal*, Boletines jurídicos, n.º 23 (24 de mayo de 2018): 1-12.
- Suárez García, Verónica. «La prisión provisional aplicada a los exentos de responsabilidad criminal (STC 84/2018)». En *Derecho penal 2020*, de Enrique Ortega Burgos, Raúl Ochoa Marco, Victoria García del Blanco, Jesús Andújar Urrutia, Blas Jesús Imbroda Ortiz, Juan Antonio Frago Amada, José Antonio Tuero Sánchez y Carlos Miguel Bautista Samaniego, 161-70. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Vico Fernández, Gema. «Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico». Universitat de Barcelona, 2015. <http://hdl.handle.net/10803/378028>.

PROCESO CIVIL Y LOS SMART CONTRACTS EN BLOCKCHAIN*

Civil process and smart contracts in blockchain

ISABEL VILLAR FUENTES

Profesora Contratada Doctora
Universidad de Cádiz
isabel.villar@uca.es

SUMARIO: I. ADAPTACIONES TECNOLÓGICAS Y DIGITALES EN JUSTICIA. II. *BLOCKCHAIN*. 1. Inmutabilidad de *blockchain*. 2. *Blockchainy smart contracts*. III. *BLOCKCHAIN*FUENTE DE PRUEBA. IV. MEDIO PROBATORIO DEL *BLOCKCHAIN*. 1. ¿Prueba documental, pericial, científica? V. DESARROLLO DE UN PROCESO MONITORIO CON *BLOCKCHAIN*. 1. Requisitos de la deuda. 2. Petición del procedimiento monitorio. 3. Requerimiento de pago: identificación de acreedor, deudor y fecha. 4. Oposición del deudor. VI. REFLEXIÓN.

Resumen: Ese trabajo analiza la vertiginosa evolución de las tecnologías en la Justicia y los cambios que se vislumbran, pues este proceso ha iniciado, pero se desconoce su alcance futuro. Las ventajas de los algoritmos, tanto en la IA como en *blockchain* son una realidad que ha generado abundante *soft law* y Reglamentos por parte de la UE, para desarrollar estas tecnologías de forma ética. Uno de los mayores potenciales y retos jurídicos es el profuso crecimiento de relaciones jurídicas que se sustentan en *blockchain* y un papel destacado de los *smart contracts*. La entrada de los contratos soportados en plataformas de *blockchain* en el proceso civil plantea cuestiones a analizar, como es el caso de la prueba, el modo de llevarla a cabo, su categorización e incluso la necesidad de la misma en contratos, en principio inmutables y verificables. Otra cuestión que es objeto de estudio es la hipótesis de obtener el despacho de ejecución, iniciando la tramitación del procedimiento monitorio desde la propia cadena de bloques.

Palabras clave: algoritmos, *blockchain*, *smart contract*, prueba, monitorio.

Abstract: This work analyses the vertiginous evolution of technologies in Justice and the changes that are on the horizon, as this process has begun, but its future scope is unknown. The advantages of algorithms, both in AI and blockchain, are a reality that has generated abundant soft laws and regulations by the EU to develop

* Durante el proceso de edición de este trabajo, el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital quedó en suspenso, con motivo de la disolución de las cámaras legislativas, pese a ello se mantienen las referencias al mismo.

these technologies ethically. One of the greatest legal potentials and challenges is the profuse growth of legal relationships that are underpinned by blockchain and a prominent role in smart contracts. The entry of contracts developed on blockchain platforms into the civil process raises questions to be analyzed, such as the case of evidence, the way it is carried out, its categorisation and even the need for it in contracts that are in principle immutable and verifiable. Another issue that is the subject of study is the hypothesis of obtaining the enforcement order, and initiating the order for payment procedure from the blockchain itself.

Keywords: algorithms, blockchain, smart contract, proof, order for payment.

I. ADAPTACIONES TECNOLÓGICAS Y DIGITALES EN JUSTICIA

La digitalización es una realidad que no cesa en su expansión, a la vez que las mejoras tecnológicas en todos los sectores de la sociedad, están totalmente globalizadas, al menos en los llamados países del primer mundo. Al hablar de digitalización, se produce un aluvión de terminologías que han pasado formar parte de la vida cotidiana en todas sus facetas: *app*, *big data*, *smart data*, *cloud computing*, inteligencia artificial (en adelante IA), *blockchain*..., es imposible recoger todas las tecnologías que asisten a la sociedad del siglo XXI.

Como consecuencia de ello, en estos momentos nos encontramos ante el reto general de una digitalización real y eficiente del Estado, lo que ha venido a denominarse “Estado algorítmico de Derecho”¹. De tal manera que, al plantear el modo de incorporación de los algoritmos al sector público, las Administraciones necesitan un replanteamiento de todos sus procedimientos para obtener todas las ventajas de una sociedad instalada en la llamada Cuarta Revolución Industrial², pero con un pleno respeto y cuidado escrupuloso de los derechos y garantías de los administrados.

La asimilación de esta Cuarta Revolución por parte del Estado en general, en definitiva por los poderes públicos es muy compleja, dificultad que se acrecienta si se extrapola a la Justicia³.

¹ BARRIOS ANDRÉS, M., “Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho”, Boletín Real Instituto Elcano, 9 de junio de 2020, ARI 82/2020.

² Este concepto aparece por primera vez en la Feria Industrial de Hannover en 2011 y refleja la vertiginosa velocidad de los cambios en las tecnologías digitales y de internet, con capacidad de interactuar con objetos físicos sin intervención humana. Esta denominada Cuarta Revolución Industrial es distinta a las anteriores, tanto por la velocidad con la cual se producen los cambios y avances, como por la cuantía de los mismos. Por esta razón, las repercusiones en todos los ámbitos de la sociedad incluyen una revolución en el mundo jurídico.

³ DELGADO MARTÍN, J., “Reflexiones sobre el estado actual de la transformación digital de la justicia”, *Revista Acta Judicial* nº 8, julio-diciembre 2021, p. 29. En esta línea plantea las dificultades

El art. 24.1 de la CE en su proclamación de la tutela judicial efectiva engloba una protección y promoción de una amplia casuística de actuaciones procesales, como nos muestra la jurisprudencia del TC, en aras de promocionar dicha tutela. Conforme a una básica clasificación orientadora, podemos hablar de derecho de acceso a los tribunales⁴, derecho a una resolución motivada y fundamentada⁵, derecho a ser juzgado y a la ejecución de la sentencia⁶, así como el derecho al recurso⁷. Cada una de estas categorías incluyen, como sabemos, multitud de derechos más concretos, como derecho al proceso, derecho a las comunicaciones, justicia gratuita, congruencia de las resoluciones, razonamiento de éstas, etc.

Las herramientas tecnológicas pueden y deben ponerse al servicio, tanto de la gestión de la administración de justicia, como de la función jurisdiccional propiamente dicha. Son sendas que permiten una mejor actividad jurisdiccional y por ende alcanzar una tutela judicial efectiva, en el sentido de facilitar un eficaz acceso a la misma, sin que en ningún caso quepa plantearse la suplantación del órgano jurisdiccional en la actividad jurisdiccional. La incorporación de la digitalización a la justicia supone proporcionar unas herramientas propias de los tiempos en los que vivimos, que colaboran con

de la incorporación de cambios en los poderes públicos, pues son maquinarias pesadas con una tendencia a la lentitud en las modificaciones.

- ⁴ STC 130/2022, de 24 de octubre, FJ 3: “Es doctrina reiterada de este tribunal (entre otras muchas, las SSTC 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; 164/1986, de 17 de diciembre, FJ 1; STC 118/1987, de 8 de julio, FJ 2; 71/1995, de 11 de mayo, FJ 2; 103/2003, de 2 de junio, FJ 3; 83/2016, de 28 de abril, FJ 6; 12/2017, de 30 de enero, FJ 3, y 30/2022, de 7 de marzo, FJ 3) que el acceso a la justicia forma parte del contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva; y se concreta en el derecho a ser parte en el proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.”
- ⁵ STC 256/2007, de 10 de diciembre, FJ 2: “Así centrado el objeto del debate, hemos de recordar que constituye una garantía esencial del justiciable que el derecho a la tutela judicial efectiva comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello.”
- ⁶ STC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2: “Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones”.
- ⁷ STC 146/2022, de 28 de noviembre.

el derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como “un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías” (art. 24.2 CE)⁸.

Las adaptaciones tecnológicas y digitales se deben materializar en: accesibilidad de la información para ejercer el derecho de tutela judicial efectiva, organización del sistema judicial y función jurisdiccional. Esta transformación digital supone un cambio importante en el sistema judicial para “mejorar la calidad y eficacia en la resolución de conflictos”⁹.

La asimilación de tecnologías tiene ya un cierto recorrido que inicia en la Ley 11/2007¹⁰, derogada por la Ley 39/2015¹¹, declarando ambas el “derecho de los ciudadanos a comunicarse con la Administración central a través de medios electrónicos”¹².

Si nos referimos al Sistema Judicial, más concretamente a lo que se denomina Administración de Justicia los procesos electrónicos vienen arrojando resultados satisfactorios, a través de los expedientes electrónicos¹³. Desde los años 90 cuando se empieza a desarrollar el primer expediente

⁸ Así, afirma DELGADO MARTÍN, J., “Reflexiones sobre el estado actual...”, op. cit., p. 3 que “la utilización de las tecnologías supone un incremento de los riesgos para los derechos fundamentales, especialmente en materia de privacidad (intimidad, secreto de comunicaciones, protección de datos personales, derecho a la protección del entorno virtual), peligros que resultan mayores cuanto más disruptiva es la tecnología aplicada”.

⁹ DELGADO MARTÍN, J., “Reflexiones sobre el estado actual...”, op. cit., p. 28. “Por transformación digital cabe entender la integración de la tecnología digital en las distintas áreas del sistema judicial, con la finalidad de mejorar la calidad y eficacia en la resolución de conflictos, modificando tanto la organización de la justicia como la forma en que se relaciona con el ciudadano, y gestionando los riesgos generados sobre los derechos de las personas y las garantías procesales.”

¹⁰ Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (derogada).

¹¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹² Ley 39/2015, de 1 de octubre, del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público*, consagran el derecho de las personas a relacionarse por medios electrónicos con las administraciones públicas.

¹³ DELGADO MARTÍN, J., “Desafíos del Poder Judicial ante las nuevas tecnologías una concepción integral del expediente electrónico”, p. 3, (disponible en <https://www.fiscal.es/search?category=36789&q=joaquin+delgado&delta=75>) (consultado el 20/01/2023), destaca “las TIC se configuran como uno de los elementos más relevantes para la modernización de la justicia porque permiten archivar, tratar y transmitir unas masas de datos cada vez mayores en el contexto de una organización tan compleja como es la judicial, con un abaratamiento creciente de los costes y a unas velocidades cada vez más elevadas (...) utilizar las ventajas ofrecidas por las TIC para incrementar los niveles de eficacia y calidad den el funcionamiento de la Justicia”.

electrónico, hasta la actualidad¹⁴, como es el caso de LEXNET¹⁵, los cambios y avances en las tecnologías de la información y de la comunicación han sido muy significativos¹⁶. Todo ello ha venido acompañado de los correspondientes cambios y adaptaciones legislativas, tanto a nivel nacional¹⁷, como en la UE¹⁸.

En el ámbito legislativo nacional referido, cabe destacar la Ley 18/2011¹⁹, la cual persigue “actualizar el contenido del derecho fundamental a un pro-

¹⁴ BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. la Inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia 2021, p. 83, destaca como los primeros expedientes judiciales (EJE) se encuentran en los años 80: Notificaciones y comunicaciones LEXNET; sistemas informáticos de gestión procesal MINERVA; registros públicos administrativos de apoyo a la actividad judicial SIRAJ.

¹⁵ Establecido por el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia, en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LEXNET.

¹⁶ ARIZA COLMENAREJO, M^a J., “Aplicación eficaz de las tecnologías a las actuaciones...”, op. cit. p. 551, destaca los cambios que se han producido en torno a la obligatoriedad del art. 230 LOPJ, la cual ha ido aumentando paulatinamente. A la vez plantea “los riesgos que supone el emplear medios tecnológicos sobre los que se pierde el control de su acceso”.

¹⁷ La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce, por vez primera, en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones de juzgados y tribunales; el Real Decreto 937/2003, de 18 de julio de Modernización de Archivos Judiciales, inicia el proceso de digitalización; el cambio de paradigma en lo concerniente a la comunicación electrónica de los ciudadanos con las Administraciones Públicas se produce con la Ley 11/2007, de 22 de junio, comunicación que se individualiza en Justicia con la Ley 18/2011, de 5 de julio que regula el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia; la Ley 42/2015 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su Disposición final duodécima establece como fecha límite la entrada en vigor para el 1 de enero de 2016 respecto a los procedimientos que se inicien a partir de esta fecha. Los cuales, se iniciarán con el uso de las tecnologías de la información; Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; el art. 230 de la LOPJ, cuya última redacción del apartado 4 se modifica por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁸ Comunicación de la Comisión Europea de 30 de mayo de 2008, hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia; Plan de Acción Plurianual relativo a la Justicia en red europea del Consejo (marzo 2009); Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE para las transacciones electrónicas en el mercado interior; Estrategia 2019-2023 relativa a la Justicia en Red Europea, (2019/C 96/04) y su Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea (2019/C 96/05), entre otros.

¹⁹ Preámbulo Ley 18/2011, de 5 de julio que regula el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. La Ley 18/2011 en su Preámbulo cita la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, la cual en su art. 21 proclama el derecho el derecho “a comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales”,

ceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales.” BUENO DE MATA²⁰, plantea la posibilidad de estar refiriéndose esta Ley 18/2011, no solo a actos procedimentales de trámite, sino también a “actos resolutorios de procedimiento”, en virtud de la definición que recoge el anexo de la ley de Actuación Judicial Automatizada”.

El salto cualitativo en el proceso de digitalización de la Justicia, pretende ser abordado en el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público*²¹ que en su Exposición de Motivos declara “[l]a digitalización conlleva un compromiso normativo para con una sociedad moderna, avanzada y en la que la eficacia, la eficiencia y la efectividad son términos trasladables a cualquier servicio público, incluido, desde luego, el prestado por la Administración de Justicia.”²²

El Proyecto de Ley de Eficiencia Digital (PLED) plantea una Justicia orientada al dato que aspira a superar la Justicia orientada al documento “[t]odos los sistemas de información y comunicación que se utilicen en el ámbito de la Administración de Justicia, incluso para finalidades de apoyo a las de carácter gubernativo, asegurarán la entrada, incorporación y tratamiento de la información en forma de metadatos...”²³ El PLED incluye el uso de “técnicas de inteligencia artificial” que permitan y faciliten “búsqueda y análisis de datos y documentos para fines jurisdiccionales”; “gestión de documentos”; “autodocumentación y la transformación de los documentos”, entre

²⁰ BUENO DE MATA, F., “Macrodatos, Inteligencia Artificial y proceso: luces y sombras”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, p. 16.

²¹ Dentro del Plan de Justicia 2030 del Ministerio de Justicia, el objetivo 2 “Eficiencia del servicio de Justicia” se desarrolla el Programa de eficiencia digital con tres proyectos: Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, Analítica legislativa y judicial y Seguridad jurídica digital.

²² Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia de 12 de septiembre de 2022, Exposición de Motivos, apartado II. Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, Exposición de Motivos, en el apartado IV valora, a su vez, el impacto positivo que debe materializarse en los grupos vulnerables “[l]a transformación digital de la Justicia favorece y posibilita una Justicia más próxima y accesible, pero ello no es neutro desde el punto de vista social y económico, pudiendo identificarse, entre otros, un impacto de género, educativo, geográfico, económico, de edad, o por razón de discapacidad.”

²³ Art. 35.1 del Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia.

otros fines, en definitiva “que sirvan de apoyo a la función jurisdiccional, a la tramitación, en su caso, de procedimientos judiciales, y a la definición y ejecución de políticas públicas relativas a la Administración de Justicia.”²⁴

En la UE en la última década se ha desplegado una importante estrategia de desarrollo y garantías digitales e inspira los proyectos legislativos de los Estados miembros, como es el caso de la citada Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia.

Cabe destacar la *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, donde otorga prioridad absoluta a los derechos de las personas en el sector digital, la libertad de elección para su uso, seguridad y protección en el entorno digital, solidaridad e inclusión, participación en el control de los datos y promoción la sostenibilidad²⁵.

Especial relevancia tiene en el ámbito concreto de la IA, la *Estrategia Europea para la IA* que refuerza las aspiraciones de la UE en su capacidad competitiva para un desarrollo de la IA y diseña las futuras actuaciones para ello, a la vez que promulga no dejar a nadie atrás con la transformación digital que debe ser fundamentada en los valores europeos²⁶. Fruto de esta Estrategia se recogen objetivos y acciones concretas en el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, que proclama “la inteligencia artificial europea se asiente en nuestros valores y derechos fundamentales, como la dignidad humana y la protección de la privacidad.”²⁷ En esta línea, el *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial* realiza una especial incidencia en la protección de los datos personales y remite a lo previsto en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y los derechos reconocidos en el mismo²⁸.

²⁴ Art. 35.1, apartados a) a m) del Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia.

²⁵ Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones de 26 de enero de 2022, dentro del programa de política “Itinerario hacia la Década Digital”, con metas y objetivos concretos para 2030 que guía la transformación digital de Europa “Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital”, de 9 de marzo de 2021.

²⁶ *Inteligencia Artificial para Europa*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones de 25 de abril de 2018.

²⁷ Libro Blanco sobre la inteligencia artificial —un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza de 19 de febrero de 2022, p. 2.

²⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Dentro del marco, también de esta *Estrategia Europea para la IA*, se produce la propuesta de *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial*, la cual fue aprobada en 2021 y sin embargo a día de hoy todavía se encuentra en fase de aprobación de la “Orientación general”²⁹. La propuesta de Reglamento IA define a la misma y establece unas categorías de IA: sistemas prohibidos entendidos como aquello que implantan sistemas de “clasificación social” o “vigilancia masiva”; sistemas de alto riesgo como el “acceso a la educación” o “seguridad de los vehículos”; sistemas de riesgo limitado como “suplantación de la personalidad” o “identificaciones biométricas” y riesgo mínimo. El control de estos sistemas se lleva a cabo por el Comité de IA y se establecen unas sanciones, a modo de multas administrativas, para los casos de incumplimiento.

En el ámbito concreto de la Justicia digital la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ) en la *Carta europea sobre uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno* enuncia “[e]l uso de la ciencia de datos y las técnicas de inteligencia artificial en los datos de actividades judiciales puede ayudar a mejorar la eficiencia de la justicia... recomienda que los profesionales del derecho, especialmente los jueces, participen en la implementación de estas herramientas...”³⁰

En esta línea las Conclusiones del Consejo “Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización” analizan y proclaman “una mayor digitalización de los sistemas judiciales de los Estados miembros supone un enorme potencial para seguir facilitando y mejorando el acceso a la justicia de los ciudadanos de toda la UE. Las herramientas digitales pueden ayudar a estructurar mejor los procedimientos y a automatizar y acelerar la gestión de tareas uniformes y normalizadas, aumentando así la eficacia y eficiencia de los procedimientos judiciales”³¹ e inciden en llevar a cabo esta digitalización de la Justicia sin menoscabo para los grupos vulnerables³².

²⁹ Orientación General, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión de 25 de noviembre de 2022.

³⁰ CEPEJ, Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa en la Carta europea sobre uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno aprobada el 4 de diciembre de 2018, Apéndice II ¿Qué usos de la IA en los sistemas judiciales europeos?, p. 46.

³¹ Conclusiones del Consejo “Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización” (2020/C 342 I/01), punto 3, p. 3.

³² Conclusiones del Consejo “Acceso a la justicia: aprovechar las oportunidades de la digitalización” (2020/C 342 I/01), 7, p. 2: “[e]n lo que respecta al acceso digital a la justicia y a procedimientos justos, y que la participación digital debe garantizarse incondicionalmente a todos los grupos

La inquietud por una correcta aplicación de estas tecnologías en la Justicia se recoge, igualmente, en la “Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno”. Se concretan unos principios éticos para la correcta aplicación de estas tecnologías en la Justicia: respeto de los derechos fundamentales la llamada “Ética desde el diseño” o el enfoque de derechos humanos por diseño; no discriminación, evitando los sesgos; calidad y seguridad, con fuentes certificadas y datos intangibles; transparencia, imparcialidad y equidad y “bajo control del usuario” pues la máquina solo propone, pero quien toma la última decisión tiene que ser el juez³³. Estos principios éticos se conjugan con la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital articula sus capítulos en “[u]na transformación digital centrada en las personas; solidaridad e inclusión; participación en el espacio público digital; seguridad, protección y empoderamiento y sostenibilidad.”³⁴

Dentro de este marco, el Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea, describe los objetivos de información general de Justicia, acceso a la información y comunicación electrónica de la Justicia³⁵. Entre las distintas actuaciones a abordar, destaca “[l]a inteligencia artificial se ha considerado uno de los principales hitos logrados en los últimos años en las tecnologías de la información y la comunicación y debe seguir desarrollándose en los próximos años. Es necesario definir mejor sus implicaciones en el ámbito de la justicia en red.”³⁶

Siguiendo estas líneas cabe mencionar la aprobación reciente por el Consejo de la propuesta de *Reglamento del sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos*

sociales sin discriminación alguna. Se deben tener especialmente en cuenta las necesidades de las personas vulnerables, en particular los niños y los adultos vulnerables como las personas mayores o con discapacidad, así como de las víctimas de delitos. En cualquier caso, el uso de las tecnologías digitales en los sistemas de justicia no debe reducir las garantías procesales para quienes no tienen acceso a dichas tecnologías.

³³ *Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno* adoptada por el CEPEJ durante su 31 Reunión plenaria (Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018), pp. 55 y ss.

³⁴ *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital* (2023/C 23/01).

³⁵ Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea (2019/C 96/05), p. 9, párrafo 2, actualiza y concreta los objetivos anunciados por la Estrategia europea relativa a la justicia en red (2014/72018). Estos objetivos se concretan en tres bloques “[a]cceso a la información, comunicación electrónica en el ámbito de la justicia e interoperabilidad”.

³⁶ Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea (2019/C 96/05), p. 15.

*legislativos en el ámbito de la cooperación judicial*³⁷, así como el *Reglamento sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas*³⁸.

II. BLOCKCHAIN

El fenómeno de la digitalización es una realidad a la que, como hemos visto anteriormente, la Justicia no puede, ni debe sustraerse. Desde las comunicaciones electrónicas a la IA, pasando por la interoperabilidad de datos o comparencias telemáticas se van incorporando a los textos legislativos procesales. Señalábamos que el legislador debe analizar y estudiar la asimilación de las tecnologías disruptivas, entendidas como afirma ARMENTA DEU como tecnologías “que pueden cambiar sustancialmente el entorno o sector en el que se aplican”³⁹, para evitar dos velocidades, la de la sociedad y sus formas de relacionarse y contratar y la de la Justicia. En caso contrario, muchas realidades se quedarían en un limbo paralelo y fuera del control de legalidad y aún peor del oportuno control jurisdiccional. No es el momento, como afirma CALAZA LÓPEZ de crear un “Estado digital del Derecho”⁴⁰, el escenario, al menos de momento, no es ese, pero sí de analizar las implicaciones jurídicas y más concretamente procesales.

Es cierto que la digitalización de las relaciones es mayor y cada vez dificulta más la puerta de entrada de Jueces y Tribunales en su función jurisdiccional. Este es el caso de la tecnología *blockchain* y una de sus consecuencias jurídicas más inmediata, al menos a día de hoy en los *Smart contracts*.

³⁷ *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial*, propuesta de 25 de noviembre de 2022 y aprobada por el Consejo el 24 de abril de 2023. Se establece una plataforma digital donde se facilite el intercambio de información de jueces y fiscales de distintos Estados miembros.

³⁸ *Reglamento sobre el acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas*, aprobado por el Consejo el 23 de enero de 2023.

³⁹ ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Barcelona 2021, p. 220. Especifica como “tecnologías capaces de generar un impacto significativo y profundo en el sector público de la justicia, en especial las relacionadas con la inteligencia artificial...[e]ntre ellas se encuentra el “machine learning”, el “data mining”, el “blockchain” y el “quantum computing”.”

⁴⁰ CALAZA LÓPEZ, S. *Blockchain y Smart contracts: ¿un ecosistema digital seguro al margen de la ley?*, *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Dir. COLOMER HERNÁNDEZ, I., Pamplona 2022, pp. 233.

La tecnología *blockchain* nace en el ámbito financiero, más concretamente con el diseño de criptomonedas realizado por NAKAMOTO⁴¹, pero, a la vez, se ha revelado como una herramienta con multitud de funcionalidades, a la vez que segura e inmutable, siendo éstas las características que la hacen atrayente.

Las posibilidades en el ámbito jurídico de esta tecnología son muchas, nos encontramos en los albores de su desarrollo, entre las diversas posibilidades cabe destacar, préstamos, depósitos en garantía, controles de gasto, herencias y donaciones, conocimientos de embarque electrónicos...⁴²

Por tanto, *blockchain*, como base tecnológica, en muchos casos de los *smart contract* y de otros documentos jurídicos, evidencia razones suficientes para prestarle la atención que merece, pues puede tener eventuales repercusiones en el proceso.

Razón ésta la que nos lleva a analizar la tecnología *blockchain* y su posible futuro en el proceso civil. Estudio que se centra en una doble reflexión: su papel probatorio, así como los beneficios de un proceso monitorio con esta tecnología para generar un título ejecutivo. La materialización de ambas premisas encuentra en los *smart contracts* un escenario idóneo.

Una aproximación al concepto *blockchain*, permite definirlo como “base de datos distribuida en diferentes ordenadores (descentralizada), agrupada en bloques enlazados en forma de cadena y protegidos con complejos

⁴¹ VALENCIA RAMÍREZ, J. P., “Derecho, tecnologías e innovación: *blockchain* y contratos inteligentes”, *Revista de Investigación en Tecnologías de la In formación Journal*, Vol. 8, 16 (Julio-diciembre 2020), p. 47: “Satoshi Nakamoto en el whitepaper que dio vida al bitcoin, una de las criptomonedas más famosas en el mundo, en este escrito se planteó el *blockchain* como la solución al problema del doble gasto de la moneda. Satoshi Nakamoto es el seudónimo utilizado por la persona o agrupación de personas para publicar el *whitepaper* en la lista de correo de criptografía metzdowd.com en el año 2008. En ese escrito se describe un sistema P2P (peer to peer) que hace factible el comercio y utilización de criptoactivos.”

⁴² ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Contratos electrónicos ejecutables...”, op. cit., p. 71, destaca diversas posibilidades: “Compras por internet; Verificada la entrega (registro del código de barras en destino, seguimiento del documento electrónico de trazabilidad, huella digital del receptor...) se libera el pago... liberación de subvenciones y/o pagos a proyectos previa entrega de certificados, piscinas de voto multifirma (*multi-signature voting pools*): se efectúa un depósito en una parte de confianza para garantizar el cumplimiento de una transacción, sin que ninguna de las partes partícipes tenga acceso al mismo hasta que dos o más de las partes señaladas en el acuerdo aprueben la transacción, liberando con ello el depósito en favor de a la persona indicada como cumplidora o beneficiaria de la prestación bloqueada. El servidor que ejecuta nuestro software nunca recibe fondos de los usuarios, ni transmite los fondos de los usuarios, ni puede acceder a sus fondos ni tiene la posibilidad de cambiar el saldo de un usuario, revertir una transacción, o confiscar el dinero. Sólo puede retenerlo o liberarlo válidamente.”

algoritmos matemáticos que utilizan seguridad criptográfica, organizando transacciones relacionadas entre sí.”⁴³

Ante el elevado número de transacciones realizadas con base de *blockchain*, la UE ha publicado el Reglamento de Tecnologías de Registro Descentralizado⁴⁴. Este Reglamento define las Tecnologías de Registro Descentralizado (TRD) como “una tecnología que permite el funcionamiento y el uso de registros descentralizados” y el registro descentralizado como “un repositorio de información que lleva registros de operaciones y se comparte a través de un conjunto de nodos de red TRD y está sincronizado entre dichos nodos, utilizando un mecanismo de consenso”⁴⁵.

El Reglamento de TRD, destaca entre las finalidades del mismo garantizar “la continuidad y la transparencia, disponibilidad, fiabilidad y seguridad continuas de sus servicios y actividades, incluida la fiabilidad de los contratos inteligentes utilizados en la infraestructura del mercado basada en la TRD.”⁴⁶

En esta línea la Comisión en 2018 cooperó en el establecimiento de una Infraestructura Europea de Servicios de Blockchain (EBSI)⁴⁷ y reconoce la importancia de la seguridad jurídica y de un régimen normativo claro en áreas relacionadas con las aplicaciones basadas en cadenas de bloques. Actualmente está desarrollando un marco legal favorable a la innovación

⁴³ ALMONACID y CORONEL, “Aplicabilidad de la inteligencia artificial...”, op. cit., p. 132.

⁴⁴ Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 600/2014 y (UE) n° 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE. El Reglamento 2022/858 es de aplicación desde el 23 de marzo 2023, aunque algunos apartados del art. 8 lo son de aplicación desde el 22 de junio 2022.

⁴⁵ Art. 2, apartados 1) y 2) del Reglamento de Tecnologías de Registro Descentralizado 2022/858. Este art. 2, en sus apartados 3), 4) y 5) plantea otras definiciones de interés sobre estas tecnologías basadas en *blockchain*: “3) ‘mecanismo de consenso’: las normas y procedimientos mediante los cuales se llega a un acuerdo de validación de una operación entre los nodos de red TRD; 4) ‘nodo de red TRD’: un dispositivo o proceso que forma parte de una red y que posee una copia completa o parcial de los registros de todas las operaciones en un registro descentralizado; 5) ‘infraestructura del mercado basada en la TRD’: un sistema multilateral de negociación basado en la TRD, un sistema de liquidación basado en la TRD o un sistema de negociación y liquidación basado en la TRD.”

⁴⁶ Reglamento de Tecnologías de Registro Descentralizado 2022/858, p. 3.

⁴⁷ <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/wikis/display/EBSI/Home>. La Comisión en el marco del Observatorio y Foro Blockchain de la UE crea la Asociación Europea de Blockchain (EBP), y coopera en el establecimiento de una Infraestructura Europea de Servicios de Blockchain (EBSI) el 10 abril 2018 UE y Noruega, posteriormente se unieron 8 países más. La infraestructura europea de servicios de *blockchain* (EBSI) consiste en una red peer-to-peer de nodos interconectados que ejecutan una infraestructura de servicios basada en *blockchain*. Cada miembro de la European Blockchain partnership (EBPS), los 27 países de la UE, Noruega, Liechtenstein y la Comisión, ejecutará al menos un nodo.

en las áreas de activos digitales (*tokenización*)⁴⁸ y contratos inteligentes que protege a los consumidores y brinda seguridad jurídica a las empresas. La Comisión apoya firmemente un marco paneuropeo que espera evitar la fragmentación legal y reglamentaria.

Podemos afirmar que *blockchain* no es un simple registro aislado, pues no solo graba y guarda un acuerdo o transacción, sino que recoge una secuencia completa de varios acuerdos o transacciones. Esta es la razón de que se le reconozca también como libro de registros “tecnología de libro de registro digital”⁴⁹.

Se trata de una tecnología descentralizada, pues no existe una autoridad (tercero) que aloje y administre las operaciones, sino que éstas se encuentran en la propia cadena, a la cual tienen acceso todos sus nodos (terminales que tienen acceso a la cadena). Los controles de verificación se llevan a cabo por los nodos autorizantes, con una tecnología *peer to peer* (P2P)⁵⁰. El carácter de tecnología descentralizada, se sustenta también en el hecho de tener acceso, todos los nodos, a toda la información de la cadena de bloques. Por esta razón *blockchain* ya hemos señalado, es conocida también como “libro de registros”⁵¹, pues sin un tercero que almacene y certifique los contenidos, la propia cadena los alberga, en cada uno de sus bloques. A su vez es inmutable, pues cada una de las transacciones registradas, por los nodos autorizados, generan un *hash* inalterable. La inmutabilidad viene respaldada por el procedimiento que otorga seguridad de los nodos autorizantes o verificadores. El *hash* es verificado por los nodos autorizantes que mediante cifrados criptográficos comprueban que el *hash* no se ha modificado y solo entonces se cierra el bloque que permite la apertura del siguiente. Al estar conectados cada uno de los bloques por un enlace que

⁴⁸ NASARRE AZANAR, S., “Naturaleza jurídica y régimen civil de los “*token*” en “*blockchain*”, *La tokenización de bienes en blockchain, Cuestiones civiles y tributarias*, coord. GARCÍA TERUEL, R. M^º. Pamplona 2022, p. 77. Refiere la flexibilidad de nuestro ordenamiento civil para que todo lo susceptible de tener valor económico, disponible y transmisible, sea patrimonializado y por ende pueda ser *tokenizado*.” Los token pueden representar derechos sobre tipos de activos patrimoniales, tanto digitales, como físicos, haciéndolos fácilmente transmisibles y rastreables; lo que no puede hacer es crearlos, porque su creación depende del Derecho (art. 1089 CC para las fuentes de obligaciones y art. 609 CC).”

⁴⁹ MELO, L., “Régimen jurídico de *blockchain*: una prueba atípica”, *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas* 2019, num. 46, pág 105.

⁵⁰ TAPSCOOT A. y TAPSCOOT D., *La revolución del BLOCKCHAIN. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la economía global*. Traducido por Juan Manuel Salmerón, Deusto 2016, pp. 24 y ss.

⁵¹ VALENCIA-RAMÍREZ, J. P., “Derecho, tecnología e innovación...” op. cit., p. 47, lo describe como “[l]ibro contable digital cuyos registros se agrupan en bloques en los cuales queda una “huella” que contiene una marca de tiempo. Cada bloque se identifica por su *hash* criptográfico.”

provoca la apertura del ulterior, cuando el que le antecede se cierra tras la verificación, tiene el carácter de autoejecutable, sin posibilidad de interferir en la ejecución del mismo.

III. BLOCKCHAIN Y SMART CONTRACTS

La evolución de los contratos inteligentes ha encontrado una alianza idónea en la tecnología de cadena de bloques, como plataforma para que los términos del contrato se auto ejecuten⁵² de forma automática, conforme cada una de las condiciones se va produciendo. El creador del concepto *smart contract*⁵³ fue ZSABO y lo definió como transacción informatizada con un protocolo que ejecuta los términos del contrato, antes de existir la tecnología *blockchain*⁵⁴. Por tanto hay que destacar que el contrato inteligente es un contrato con base electrónica que se puede auto ejecutar de forma automática, sin que necesariamente lo haga con tecnología *blockchain*⁵⁵. Es cierto que ambas modalidades se desarrollan en entorno digital/electrónico, pero mientras los primeros se basan en lenguaje alfanumérico, los segundos tienen un lenguaje computacional más complejo y siempre precisan de la plataforma de *blockchain*.

⁵² ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Contratos electrónicos autoejecutables (Smart contract) y pagos con tecnología blockchain”, *Revista de Estudios Europeos*, Nº 70, julio-diciembre, 2017-69-97, Monográfico-Economía colaborativa, (disponible en <http://www.ree-uva.es/>) p. 69: “Los llamados Smart contracts, son en realidad lo que podríamos definir como contratos en formato electrónico y de carácter autoejecutable.”

⁵³ CHRISTIDIS, K., y DEVETSIKIOTIS, M., “Blockchains and Smart contracts for the Internet of Things”, *IEEE Access*, 4, 2016, p. 2296: “Nick Szabo introduced this concept in 1994 and defined a smart contract as a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract”.

⁵⁴ SZABO, N., *Smart contracts*, 1994, (disponible en <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>) (consultado el 16/12/2022). Los objetivos principales de ZSABO eran dar respuesta a las estipulaciones contractuales habituales (como los términos de pago, gravámenes, confidencialidad, e incluso cumplimiento), minimizar las excepciones temerarias y fortuitas, y minimizar la necesidad de terceros intermediarios fiables.

⁵⁵ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Contratos electrónicos autoejecutables...”, op. cit., p. 70, donde advierte que no necesariamente los “[s]mart contracts no solo tienen como base tecnológica blockchain sino que también cualquier acuerdo en el que se formalicen todas o algunas de sus cláusulas mediante Scripts o pequeños programas, cuyo efecto sea que, una vez concluido el acuerdo y señalados uno o varios eventos desencadenantes, la producción de los eventos programados conlleva la ejecución automática del resto del contrato, sin que quepa modificación, bloqueo o inejecución de la prestación debida.”

No cabe duda que la tecnología de cadena de bloques ha supuesto el definitivo despegue de los *smart contracts*⁵⁶. Razón de ello son las específicas propiedades mencionadas que aporta la cadena de bloques a los contratos inteligentes, proporcionando fiabilidad y seguridad.

Entre otras características de los *smart contracts* en *blockchain* detalladas por CALAZA LÓPEZ⁵⁷, destacamos el lenguaje propio, moneda propia, simplificación, irretroactividad en el tiempo (irrevocabilidad en el Derecho), autosuficiencia y multifuncionalidad actual y potencialidad futura.

Hay diversas clases de cadenas de bloques (públicas con o sin permisos, semipúblicas, privadas y mixtas). Sin embargo, la clase de cadena de bloques que, mejor se ajusta al presupuesto inicial de los contratos inteligentes y la resolución de eventuales conflictos en el proceso concernientes al pago de la deuda fruto de ellos, se encuadra en el sistema de cadena de bloques privada, de tal modo que los usuarios deben estar autorizados por la red de *blockchain* y solo pueden entrar si reciben invitación. Una gran ventaja de las cadenas de bloque privadas es que los participantes en la misma se encuentran en una “lista blanca” que obvia la necesidad de la minería y sus costes⁵⁸. La cadena de bloques privada en la que puede desarrollar el contrato inteligente requiere en muchos casos de la intervención de un tercero en la cadena que, recibe el nombre de *oráculo*⁵⁹, el cual verifica, por ejemplo el retraso, daño o prestación suscrita y libera el abono de la cantidad prevista.

Las partes contratantes interactúan con la cadena a través de unos nodos, utilizando una clave privada para firmar su operación, que al finalizarla

⁵⁶ MORA ASTABURUAGA, A., “*Smart contracts*. Reflexiones sobre su concepto, naturaleza y problemática en el Derecho Contractual”, *Revista de Derecho UNED*, nº 26, 2021, p. 57 y ss, refiere como punto de partida definitivo para los *smart contracts*, la tecnología *blockchain* y más concretamente la aparición de las criptomonedas en 2017, pese a haber sido concebidos en el siglo XX.

⁵⁷ CALAZA LÓPEZ, S. “Blockchain y Smart contracts...”, op. cit., pp. 238 y ss.

⁵⁸ VALENCIA-RAMÍREZ, J. P., “Derecho, tecnología e innovación: blockchain y contratos inteligentes”, *Revista de Investigación de Tecnologías de la Información Journal*, Vol. 8, 16 (Julio-Diciembre 2020)”, p. 48, abunda en este sentido: “[l]as Blockchain privadas donde los participantes están en una “lista blanca”, no se necesitan mecanismos de consenso costosos como la prueba de trabajo; no existe el riesgo de un ataque Sybil, de esta forma se elimina la necesidad de un incentivo económico para la minería y posibilita una gama más amplia de protocolos de consenso para elegir.”

⁵⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Contratos electrónicos ejecutables...”, op. cit., p. 72. Destaca el papel del oráculo como validación de cláusulas en contratos inteligentes. “[s]e señalan fuentes de información externa para decidir si una parte del contrato se ha cumplido (el índice de cotización ha llegado a X, la solicitud de préstamo ha sido aprobada, el documento de trazabilidad de la mercancía indica llegada a destino...) y otra parte (p. ej. El pago) ha de ejecutarse.”

es redirigida a la red con una clave pública. Al entrar en la red con la clave pública, la operación firmada con la clave privada conecta con su *peer* y comprueba su validez⁶⁰. La certeza del origen, la autenticación y la integridad del contenido firmado con la clave privada queda garantizado con la criptografía⁶¹, solo entonces queda incorporada la operación u operaciones⁶², que se hayan acordado previamente al bloque, el cual se cierra y genera un sellado en el tiempo⁶³. El sellado en el tiempo tiene una importante trascendencia jurídica, pues certifica el día y hora en la cual se ha realizado el pacto concreto, cuestión importante ante un eventual proceso en fase probatoria. El sellado en el tiempo otorga una inmutabilidad que impide la alteración retroactiva sin alterar los bloques posteriores, a efectos de prueba tiene un valor crucial que analizamos a continuación.

Para desarrollar los contratos inteligentes en *blockchain* existen diversas plataformas⁶⁴ pero actualmente la más eficiente y adaptada a los *smart contracts* es Ethereum.

⁶⁰ CHRISTIDIS, K., y DEVETSIKIOTIS, M., “Blockchains and Smart contracts...”, op. cit., p. 2293. NAKAMOTO, S., “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008 (Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>) (consultado el 15/12/2022) p. 3, señala los pasos para hacer funcionar la red son los siguientes: “1) Las nuevas transacciones se difunden a todos los nodos; 2) Cada nodo recopila las nuevas transacciones en un bloque; 3) Cada nodo trabaja para encontrar una prueba de trabajo difícil para su bloque; 4) Cuando un nodo encuentra una prueba de trabajo, difunde el bloque a todos los nodos; 5) Los nodos aceptan el bloque sólo si todas las transacciones que contiene son válidas y no se han gastado ya; 6) Los nodos expresan su aceptación del bloque trabajando en la creación del siguiente bloque en la cadena, utilizando el hash del bloque aceptado como hash anterior. Los nodos siempre consideran que la cadena más larga es la correcta y seguirán trabajando para extendiéndola. Si dos nodos difunden simultáneamente versiones diferentes del siguiente bloque, algunos nodos pueden recibir uno u otro primero. En ese caso, trabajan en la primera que han recibido, pero guardan la otra rama por si se alarga. El empate se romperá cuando la siguiente prueba de trabajo y una de las ramas se haga más larga; los nodos que estaban trabajando en la otra rama cambiarán a la más larga.” (Traducción hecha por la autora).

⁶¹ ALMONACID y CORONEL, “Aplicabilidad de la inteligencia artificial...”, op. cit., p. 133, afirman que “la criptografía es uno de los elementos esenciales de la tecnología blockchain y consiste en un procedimiento algorítmico con clave mediante la cual se transforma un mensaje en secreto, descifrado mediante una clave del algoritmo empleado.”

⁶² CHRISTIDIS, K., y DEVETSIKIOTIS, M., “Blockchains and Smart contracts...”, op. cit., p. 2293. Los nodos que realizan la comprobación y devuelven al bloque la operación verificada criptográficamente son denominados vulgarmente mineros.

⁶³ NAKAMOTO, “Bitcoin: ...”, op. cit., pp. 1 y 2. “Un servidor de marcas de tiempo funciona tomando un hash de un bloque de elementos a los que se les va a poner una marca de tiempo y publicando ampliamente el hash, como en un periódico o en un mensaje de Usenet. La marca de tiempo demuestra que los datos debían existir en el momento, obviamente, para poder entrar en el hash. Cada marca de tiempo incluye la marca de tiempo anterior en formando una cadena en la que cada marca de tiempo adicional refuerza las anteriores.” (traducido por la autora).

⁶⁴ Junto con Ethereum que ahora mismo es la más potente, con la versión Ethereum Virtual Machine (EVM) para la ejecución de los contratos inteligentes cabe citar Eon, Tros, Hyperledger Fabric,

Ethereum tiene su propia criptomoneda nativa⁶⁵, para las transacciones monetarias en general y específicamente para las que se lleven a cabo en los contratos inteligentes. Para llevar a cabo estas transmisiones de derechos u objetos “se crean unas fichas virtuales denominadas *tokens* o *colored coins* que representan un derecho, de modo que la entrega de dicha ficha a una *wallet* receptora puede conllevar a su vez la entrega del derecho representado.”⁶⁶

Sin entrar en cuestiones informáticas, ni técnicas, sumamente especializadas, podemos destacar como cuestión diferenciadora que, el lenguaje utilizado en Ethereum es *solidity*⁶⁷, cuya principal ventaja es la capacidad y flexibilidad que tiene para transcribir los acuerdos y estipulaciones de estos contratos, tiene una gran versatilidad para adaptarse a lo que el programador diseñe, conforme al contrato. Las partes implicadas en el contrato formalizan el acuerdo y una serie de estipulaciones, que posteriormente se recogen mediante *scripts*⁶⁸, de modo que, cuando se programa en la plataforma se desencadenan los bloques con las mencionadas estipulaciones, generando efectos jurídicos. La versatilidad del lenguaje *solidity* para recoger de una forma fiel los términos del contrato redactados en lenguaje natural permite una eventual futura necesidad de verificación de identidad de los contenidos en los tribunales.

Llegados a este punto, cabe destacar, a efectos de la formalización del acuerdo, la precisión que realiza NADAL GÓMEZ⁶⁹ en lo concerniente a la prestación del consentimiento. Las partes del negocio jurídico conocen las estipulaciones, a las que se comprometen y prestan su consentimiento, pero a la vez asumen y consienten el cumplimiento, a través de la autoejecución, por parte de cada una de ellas. En el caso de los *smart contracts* las partes involucradas prestan un doble consentimiento; “el habitual, necesari-

Corda, Stellar, Rootstock o RSK, Cosmos, Near Protocol, Protocolo de Elrond o Vitalik Buterin basada en el protocolo de Bitcoin.

⁶⁵ Ethereum también tiene la versión de criptomoneda, la cual se denomina ETH.

⁶⁶ GARCÍA TERUEL, R. M^a., “Introducción al fenómeno de la “tokenización”: estudio de casos”, *La tokenización de bienes en blockchain, Cuestiones civiles y tributarias*, coord. GARCÍA TERUEL, R. M^a Pamplona 2020, p. 30.

⁶⁷ *Solidity* en un lenguaje de alto nivel que permite programar de forma sencilla para EVM y que luego puede ser compilado bytecode para que finalmente se ejecuten en la Máquina Virtual Ethereum (EVM).

⁶⁸ *Scripts* en lenguaje *solidity*, que es el utilizado por la plataforma Ethereum.

⁶⁹ NADAL GÓMEZ, I., “Los “smart contracts” y el derecho a la tutela judicial efectiva” en *Justicia: garantías versus eficiencia*, dir. JIMÉNEZ CONDE, F. y BELLIDO PENEDÉS, R., Valencia 2019, pp. 375 y 376.

rio para que el contrato se perfeccione y el habitual preconstituido, sobre la consumación automática.”

En relación a la prestación del consentimiento, no podemos olvidar que toda la cadena de bloques se sustenta en datos, por lo que cabe también interrogarnos sobre una eventual prestación de consentimiento de los interesados en el tratamiento de datos en esta relación contractual. La prestación de consentimiento sobre los datos personales es prestada por las partes contratantes también de forma previa, al igual que el “doble consentimiento” que acabamos de referir y se ajusta a los establecido en el art. 3. 11) del RGPD⁷⁰. De igual modo, se ajusta también al RGPD en lo concerniente a la privacidad de los datos mediante la seudonimización de los mismos, característica ésta inherente a la cadena de bloques, pues su tecnología se sustenta en seudónimos y algoritmos de cifrado, en consonancia con su art. 32.1.2) “la seudonimización y el cifrado de datos personales”. El problema se plantea en la inexistencia de “responsable o encargado del tratamiento” por la propia naturaleza de la tecnología *blockchain* que, como hemos expuesto no tiene intervención de terceros, sino que es *peer to peer*, cabría advertir en este caso una colisión con el RGPD.

Dado que la cadena de bloques, funciona con tecnología *peer to peer*, no existe un tercero que lleve a cabo el tratamiento de datos. Sin embargo, en lo concerniente a la *licitud del tratamiento* del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el art. 6.1.b) refiere que “el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”, lo cual permite plantear la necesidad del mismo frente a la otra parte contratante. Sin embargo, el hecho de ser parte en el contrato que debe ejecutarse, como es el caso de los *smart contracts* en *blockchain*, puede diluir la centralidad de la prestación de consentimiento⁷¹.

En este estado de cosas y con la creencia de un crecimiento, desarrollo y perfeccionamiento de contratos inteligentes a través de *blockchain*, cabe

⁷⁰ Art. 3.11) RGPD: “consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.”

⁷¹ BLANDINO GARRIDO, M^a A., “El consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales en las comunicaciones electrónicas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre, 2022), Estudios, p. 201, refiere “[e]s importante, asimismo, deslindar el consentimiento de otras de las bases legitimadoras del tratamiento, como es el ‘necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales’ [art. 6.1.b) RGPD]. En este supuesto, el elemento principal es el contrato y el tratamiento de los datos algo accesorio, aunque necesario para su ejecución.”

interrogarse sobre el papel que esta tecnología pueda a tener en los tribunales.

IV. BLOCKCHAIN FUENTE DE PRUEBA

La delimitación conceptual y básica entre fuente de prueba y medio de prueba tiene un especial valor en los términos de este trabajo, al hablar de *blockchain* debido a los cambios de paradigmas que se plantean⁷². La fuente de prueba, en el caso que nos ocupa, se concreta en los acuerdos y auto ejecución de los mismos, contenida en cada uno de los bloques, conformando la completa cadena, que hemos estado analizando anteriormente. De este modo, el *blockchain* que contiene las diversas estipulaciones y los eventuales cumplimientos de las mismas, tiene una existencia previa al proceso, de modo que las partes interesadas deberán aportarlo a éste, conforme a la carga procesal que les corresponde. A su vez, el juez debería admitir esta fuente de prueba, para proceder a su valoración, si cumple, en primer lugar, las premisas del art. 281 LEC.

Esta cuestión inicial, ya plantea una reflexión en lo concerniente al art. 281. 3 LEC “[e]stán exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes”. Si hemos afirmado anteriormente que *blockchain* está conformado por los acuerdos previos adoptados por las partes y su auto ejecución sucesiva, que a la vez es inmutable, podemos tener dudas sobre la “plena conformidad de las partes” o más bien sobre la posibilidad de no existir la misma. Entendemos que, pese a estas características, sí se puede producir la falta de conformidad, en algunos de los extremos contenidos en los comandos, en los *scripts*, la transcripción de los mismos desde el lenguaje jurídico al lenguaje *solidity* o sobre las correctas ejecuciones de los “oráculos”.

Por esta razón, podemos afirmar que *blockchain* es fuente de prueba, como concepto extraprocesal y podría necesitar ser probado, en algún caso, el contenido del contrato inteligente en la cadena de bloques, bien por falta

⁷² BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y...*, op. cit., p. 587, afirma que “[a]parecen nuevos y cada vez más sofisticados sistemas computacionales que incorporan un grado más profundo de intervención y pueden tener una incidencia directa en la conformación de las fuentes de prueba, en la incorporación de las mismas al proceso y en la alteración de los principios y reglas legales que regulan la práctica y la valoración en el proceso.”

de conformidad en algún extremo o por incumplimiento por causas ajenas a la cadena de bloques⁷³.

En ese caso, el juez deberá plantear la inclusión de la cadena de bloques como medio probatorio, tras el filtro del art. 283 LEC, comprobando su pertinencia, utilidad y legalidad.

V. MEDIO PROBATORIO DEL BLOCKCHAIN

Llegados a este punto, se plantea una cuestión nada baladí, consistente en la determinación de la categoría en que se encuadra el contrato realizado mediante cadena de bloques. Dada la especial naturaleza de *blockchain* nos podemos plantear el cauce de los medios probatorios previstos en el art. 299.3 LEC. El apartado 3 de este artículo, permitiría incluir los contratos inteligentes conforme a lo previsto en el mismo, “cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.” El legislador en este apartado 3 del art. 299 LEC, tuvo la previsión de dejar abiertas otras posibilidades que, en el caso que nos ocupa, podríamos pensar orientadas a los avances y cambios tecnológicos. A los efectos que nos interesa en este estudio, el art. 299.3 LEC entendemos permite la introducción de contratos en *blockchain*.

Por el contrario, en el art. 299.2 LEC se plantean dudas sobre si la tecnología *blockchain* se puede incluir en el mismo, pues parece refiere archivos de palabra en lenguaje natural y numeración indo-arábigo “también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, 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, relevantes para el proceso.” Por el contrario, *solidity* es un lenguaje de programación con una sintaxis muy similar a *JavaScript*, se trata de un lenguaje propio, razón

⁷³ PUERTAS ÁLVAREZ, O., VALENTÍ I VIDAL, O., et al., “Unlocking Blockchain Evidence in International Arbitration”, *Arbitration Review, Revista del Club Español, del Arbitraje*, 2022, Volumen 2022, asunto 43, p. 20. “[t]he technologies like blockchain should not be dismissed or the standard of determination thereof should not be raised because they are novel and complex technical means at present, nor should the standard of determination thereof be lowered because it is difficult to tamper with or delete the technology...China’s Supreme Court, which established that Internet Courts will confirm the authenticity of electronic data, if collected through electronic signature, time stamps, hash value verification, blockchain or other tamperproof verification methods.”

por la cual la cadena de bloques no es un simple sistema de archivo de palabras y datos, sino que tiene su propia estructura y sintaxis. Sin embargo, la previsión del art. 299.2 LEC es ser un *numerus apertus* ante nuevas y futuras fuentes probatorias, de las cuales pueda obtenerse certeza sobre hechos relevantes⁷⁴. Conforme lo expuesto anteriormente, *blockchain* proporciona fiabilidad, inmutabilidad y por tanto la certeza referida, por lo que en principio podría tener cabida en el art. 299.2 LEC la cadena de bloques.

Si bien es cierto, que la adopción de medidas en cada caso resulte necesaria se revela imprescindible en el desarrollo del medio probatorio que de entrada a *blockchain*. Independientemente del medio probatorio idóneo para introducir la cadena de bloques en el proceso, se evidencia la necesaria intervención del perito informático. El órgano judicial precisa de apoyo pericial que compruebe la identidad de los comandos de las estipulaciones previstas en el contrato redactado en lenguaje natural, con los comandos o scripts plasmado en la cadena, así como de la correcta perfección y cierre de cada uno de los bloques.

1. ¿PRUEBA DOCUMENTAL, PERICIAL, CIENTÍFICA?

En primer lugar, planteamos la posibilidad de que el contrato inteligente con tecnología *blockchain*, pudiera ser considerado documento privado en el proceso civil (art. 324 LEC) e incluso tener la calidad de prueba plena del art. 326.1 LEC.

Para poder plantearnos el tratamiento del contrato inteligente con base en *blockchain*, como prueba documental, debemos interrogarnos si podemos considerar el acuerdo de voluntades con base tecnológica de cadena de bloques (TRD), como documento, más concretamente como documento electrónico. Una clara delimitación del concepto de documento electrónico, era recogida por la derogada Ley 59/2003⁷⁵ en su art. 3.5 el cual lo definía

⁷⁴ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia 2018. Critica la referencia del art. 299.2 LEC a otros medios de reproducción de palabra y sonido, pues no contempla la distinción entre fuente de prueba (actividad extraprocesal) y medio de prueba que es la actividad que se debe desplegar en el proceso para introducir la fuente de prueba. Dado que las fuentes de prueba son un concepto “extrajurídico que existe independientemente del proceso, no es conveniente que las leyes pretendan realizar enumeraciones taxativas de ellas, porque el paso del tiempo las convertirá en obsoletas, al irse inventando o descubriendo nuevas fuentes.” Este es el caso en el que nos encontramos con las cadenas de bloques, donde la tecnología genera una nueva fuente de prueba.

⁷⁵ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, el 13 de noviembre de 2020.

como “información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”. Según esta definición podría interpretarse de manera amplia el concepto, para incluir como documento electrónico el acuerdo de voluntades auto ejecutado en la cadena de bloques. Por el contrario, la actual Ley 6/2020⁷⁶ que derogó la Ley 59/2003, no contiene definición concreta de documento electrónico. El Reglamento 910/2014⁷⁷ sí lo hace, pero de forma más concisa como “todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual”⁷⁸. Para intentar dar más claridad al concepto de documento electrónico y la posible subsunción en él del *smart contract*, acudimos a los componentes del documento electrónico previstos para el Portal de la Administración electrónica del Estado⁷⁹: “a) Contenido, entendido como conjunto de datos o información del documento; b) En su caso, firma electrónica; c) Metadatos del documento electrónico.”. En principio, los elementos definitorios del documento electrónico no tienen identidad plena con el contrato desarrollado en *blockchain*, pero ante el vacío legal puede servir de base, a la hora de valorar el eventual valor probatorio documental dentro del proceso.

Podemos partir de la base de tratarse de documentos electrónicos denominamos contratos (contratos inteligentes), por el hecho de recoger unos acuerdos de voluntades a los que se otorga consentimiento, en un soporte informático con las especialidades que hemos expuesto anteriormente.

En relación a la formalización de la prestación de consentimiento que se realiza, a través de la clave privada de las partes, en cada uno de los bloques, debemos acudir por analogía a la homologación de la verificación del consentimiento, con la firma electrónica. Se interpreta que el Reglamento 910/2014 otorga implícitamente legitimación a los datos contenidos en un registro o contrato en *blockchain*⁸⁰. Cuestión ésta nuclear a efectos de fuerza probatoria de documento privado.

⁷⁶ la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.

⁷⁷ Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 *relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior* y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

⁷⁸ Definición 35 del Reglamento 910/2014.

⁷⁹ Vid. https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/Archivo_electronico/pae_documento_expediente_electronico.html (consultado el 30/01/2023).

⁸⁰ PUERTAS ÁLVAREZ, O., VALENTÍ I VIDAL, O., et al., ‘Unlocking Blockchain Evidence...’ op. cit., p. 22. “[a]n analysis on the similarities between electronic signatures and blockchain records

Los requisitos del art. 326.4 LEC para presumir la autenticidad, integridad y precisión de fecha y hora, a efectos de reconocer fuerza probatoria plena en el proceso (art. 326.1 LEC) queda condicionada a haber “utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento”. Sin embargo, ya hemos referido anteriormente que la propia naturaleza de la cadena de bloques implica la ausencia de terceras autoridades, pues son relaciones *peer to peer*. y los sellos cualificados del Reglamento 910/2014, requieren la intervención del proveedor de servicios de confianza. Supone un escollo la ausencia de terceras autoridades de servicios de confianza, pues impide reconocer al sellado en el tiempo la categoría de firma cualificada, condición que, como señalamos plantea el apartado 4 del art. 326 LEC. La postura contraria al reconocimiento del sellado en el tiempo de las cadenas de bloques como firma cualificada la mantiene Francia, pues plantea dudas sobre el reconocimiento de *blockchain* como prueba, pero deja en manos de los jueces la valoración individual en cada caso⁸¹.

En sentido contrario, la homologación de *blockchain* con la firma electrónica cualificada y la equiparación de sus estándares de calidad y fiabilidad, sí ha sido reconocida en Italia. Italia equipara el tratamiento jurídico de los sellos en el tiempo de los libros de contabilidad distribuidos como *blockchain* con los sellos de tiempo electrónicos definidos por el eIDAS⁸². La ausencia de servicios de certificación de confianza en *blockchain* es un óbice, para algunos Estados que están examinando el cumplimiento de garantías de esos servicios de sellado en *blockchain*. Es el caso de Alemania o Inglaterra que se encuentran en fase de análisis, para reconocer a los datos en la cadena de bloques, la eficacia de documento electrónico con firma cualificada, aunque reconocen la viabilidad de ser introducidos como prueba y la evaluación judicial de su valor probatorio o el modo de verificarlos de forma cualificada⁸³.

leadst o the conclusion that the eIDAS implicitly grants legal standing to the data contained in a blockchain registry or contract.”

⁸¹ PUERTAS ÁLVAREZ, O., VALENTÍ I VIDAL, O., et al., ‘Unlocking Blockchain Evidence...’, op. cit., pp. 22 y 23, “The French National Assembly seems to agree with this criticism. In fact, in December 2019 it confirmed through an official statement that “upon the eIDAS regulation (...), in order for the presumption of reliability to be applicable in matters of signature and time stamping, a trusted third party must be presented, and blockchain technology does not provide it...”

⁸² PUERTAS ÁLVAREZ, O., VALENTÍ I VIDAL, O., et al., ‘Unlocking Blockchain Evidence...’, op. cit., p. 22, “This thesis has been explicitly enshrined in Italy’s recent Act 12/19, which establishes that data stored in distributed ledgers like blockchain must have the same legal treatment granted to electronic time stamps as defined by the eIDAS.”

⁸³ PUERTAS ÁLVAREZ, O., VALENTÍ I VIDAL, O., et al., ‘Unlocking Blockchain Evidence...’, op. cit., pp. 22 y 23, “[t]he German government is examining “how data, secured in blockchain-based

Se trata de un tema que, más pronto que tarde, deberá tener una respuesta por parte de la UE, sentando una posición unificada. En esta línea se pronuncia el Observatorio y Foro Europeo de Blockchain que reconoce que los sellos en el tiempo de *blockchain* no se benefician del máximo reconocimiento del Reglamento 910/2014, pero que esta situación puede cambiar pronto⁸⁴. El Observatorio y Foro Europeo de Blockchain, a la vez que prevé un cambio inminente, promueve que los jueces evalúen la validez de forma particular⁸⁵. En tanto en cuanto, no se produzca un reconocimiento normativo del valor de “sellado en el tiempo” de *blockchain*, serán los jueces quienes deban solventar esta laguna. Como afirma ARMENTA DEU “el valor de la jurisprudencia, nacional y supranacional cotizan al alza”⁸⁶.

Con estos presupuestos, podemos afirmar que el reconocimiento del contrato inteligente con tecnología *blockchain*, pueda ser considerado documento privado en el proceso civil (art. 324 LEC) pero la calidad de prueba plena del art. 326.1 LEC, queda por el momento en pausa, hasta que se produzca una equiparación por parte de la UE y quede incluido en los presupuestos del Reglamento 919/2014.

Siempre existe la posibilidad de impugnación del documento electrónico, prevista en el art. 326.3 LEC (como “documento electrónico de un servicio electrónico de confianza no cualificado”) o en el art. 326.4, párrafo 2 LEC (documento electrónico con servicio de confianza cualificado). tanto por la parte contraria, como por el órgano judicial, sin embargo, desde la óptica de los contratantes, ésta puede resultar redundante y desnaturaliza la esencia de la tecnología *blockchain*, que parte de la imposibilidad de modificación del contrato, pues se interactúa de forma predecible y segura. En cualquier caso, para la impugnación del contrato en cadena de bloques o cualquier

applications, can (first) be provided to courts or (where applicable) official verification bodies, in order for the data to function as proof, and (secondly) whether it is thereby possible to guarantee tradeability (sic), as law requires.”

⁸⁴ SCHREPEL, T., Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a “Law + Technology” Approach “, European Commission, 2021, p. 35: “EU regulation may want to harmonize the rules regarding the validity of smart contracts’ signatures. Simply put, smart contracts should not be put at a disadvantage relative to other transactional means because existing constraints turn out to be particularly troublesome for smart contracts. This implies that the type and method of signature that exists already should be recognized as valid.”

⁸⁵ European Union Blockchain Observatory and Forum, “Thematic Report: Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts” (EU Blockchain Forum, September 27, 2019).

⁸⁶ ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia...*, p. 61.

otra valoración sobre el mismo va a precisar del apoyo de prueba pericial informática⁸⁷.

Además de las eventuales impugnaciones sobre la autenticidad, puede que, sean necesarias comprobaciones entre lo estipulado *a priori*, por las partes o sobre concretas cláusulas sobre las que prestaron consentimiento y el control de abusividad de alguna de ellas. Para ello, sería precisa la confrontación entre el contenido del contrato originario y el contenido de las estipulaciones programadas, así como el examen del órgano judicial sobre la eventual existencia de cláusulas abusivas.

Planteamos, el modo de llevarse a cabo la valoración del contrato inteligente, por parte del órgano judicial, cuál es el procedimiento tecnológico que le permite realizar las comprobaciones y valoraciones probatorias⁸⁸. La labor de verificación en los procesos auto ejecutables (acceso judicial a la cadena de bloques) se plantea, en principio, compleja al partir de la premisa de una tecnología donde no hay intermediarios.

Pues bien, anteriormente hemos visto como la intervención en la cadena de bloques en la que se sustenta el contrato inteligente, se realiza con una clave privada y una clave pública. Recordamos que la clave privada es la que utiliza cada parte para realizar su correspondiente estipulación y la clave pública es la que permite a los nodos (terminales verificadores/autorizantes) verificar mediante encriptados cada transacción.

Esta clave pública es la que podría ser utilizada en la fase probatoria⁸⁹, pues los contratos inteligentes se desarrollan en redes privadas con permisos de trabajo (la denominada “lista blanca”). El órgano judicial, en este caso, podría entrar en el programa de la cadena de bloques, como “invitado”, sistema característico de los sistemas de *blockchain* mixtos (*supra*). Debido al carácter de “libro de registros” que tiene esta tecnología, el acceso del

⁸⁷ NADAL GÓMEZ, I., “Los “Smart contracts” ...”, op. cit., p. 384, opina que “cualquier cuestión que sea necesario probar en relación al programa de SC y a su ejecución va a requerir de una importantísima prueba pericial”. Entiende que junto a la necesaria prueba pericial sería conveniente la existencia de unos órganos judiciales especializados con unos medios técnicos a su disposición para por entrar en la cadena de bloques.

⁸⁸ NADAL GÓMEZ, I., “Los “Smart contracts” ...”, op. cit., p. 381, en relación a la viabilidad de una tutela cautelar en los *smart contracts* realiza dos propuestas: “[l]a inclusión en el SC de las ²funciones² necesarias para que un órgano judicial pueda acceder al mismo y ²leerlo², y ²modificarlo y en segundo caso “[l]a creación, al menos inicialmente, de unos órganos especializados en la materia, en el seno de la jurisdicción civil...con una dotación técnica capaz de interactuar en buenas condiciones con las redes de blockchain que fueran necesarias.”

⁸⁹ NADAL GÓMEZ, I., “Los “Smart contracts” ...”, op. cit., p. 380, refiere como “esencial que el órgano judicial pueda acceder de alguna forma al programa SC que está incluido en la cadena de bloques.”

órgano judicial en uno de los nodos, le permite conocer y comprobar todas las transacciones que se han realizado a lo largo de la auto ejecución del contrato.

Sin embargo, resulta evidente que la mera entrada judicial en la cadena de bloques no es suficiente para desarrollar su función probatoria, pues la comprensión y comprobación de la misma para poder realizar la valoración requiere del apoyo de perito. El contrato inteligente podría ser medio probatorio documental, debido a su alta auditabilidad pero plantea cuestiones técnicas que necesitan ser informadas pericialmente. La misma puede realizarse por el juez que tendría acceso con la clave pública a todos los estadios del contrato, pero se encuentra unos bloques encriptados cuyos contenidos son *scripts* en lenguaje *solidity*. En principio, no debería plantear problema, pues toda la programación y conversión a *solidity* se ha realizado partiendo del documento/contrato legal redactado conforme a los cánones jurídicos, de modo que la comprobación de cada uno de los nodos de sus correspondientes estipulaciones, se puede realizar con el cotejo entre uno y otro, pero siempre con el apoyo pericial correspondiente. Las cuestiones relativas a la auto ejecución y su desarrollo o perfección tecnológica, con mucha probabilidad, precisan de unos conocimientos técnicos de los cuales carece el órgano judicial, en cuyo caso deberíamos hablar también de prueba pericial, aunque se plantea la duda si puede ser reconocimiento judicial acompañado de perito.

La valoración que realiza el órgano judicial para motivar su resolución, plantea una controversia, ante el escenario que se encuentra de unos hechos a los cuales, se supone debe reconocerles objetividad, fiabilidad e infabilidad. El juzgador adopta una postura, cabría decir de espectador que espera al dictamen de la pericia sobre los contenidos de los bloques, al cual, en principio de sentirá ligado y vinculado desde su desconocimiento en la materia⁹⁰. Este escenario puede llevarnos a la necesidad de acudir a los criterios *Daubert* analizados por NIEVA FENOLL⁹¹ y que pueden venir a forta-

⁹⁰ NIEVA FENOLL, J., "Aproximación a la esencia de la discrecionalidad judicial", *Justicia*, 2022, num. 2, p. 48. "En relación al apoyo de la IA refiere el hecho de quedar comprometida la discrecionalidad judicial: "gracias a esa labor de recopilación para la elaboración de la herramienta de inteligencia artificial, pudiéramos obtener finalmente una mayor calidad de la Justicia, lo que sería positivo porque se iría arrinconando de ese modo la discrecionalidad."

⁹¹ NIEVA FENOLL, J., "Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial", *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 11-26, 2018, en: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/156>. (Acceso 19 febrero 2023), pp. 15 y 16. Describe el origen de los mismos, en la sentencia del juez Blackmun que posteriormente fueron adoptados por otras sentencias (*Joiner* y *Khumo*) y ampliando el ámbito de los criterios *Daubert* no solo a la ciencia, sino también a todas

lecer la versión técnica pericial que recibe el órgano judicial. Estos criterios son: “que la técnica utilizada por el perito ha sido probada suficientemente frente a errores; que la técnica ha sido revisada por otros científicos y, en su caso, ha sido publicada; que el perito indique el grado de acierto de la técnica; justificación del mantenimiento de estándares de calidad en el uso de la técnica y el consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica.”

Los criterios *Daubert* aplicados a *blockchain* que, pueden tener una mayor incidencia, en los albores en los que nos encontramos de esta tecnología, son los referidos al grado de acierto y fiabilidad de la técnica, la existencia de estándares de calidad y el consenso en la comunidad científica sobre la fiabilidad de la técnica. Con una precisión, los estándares de cumplimiento de la técnica no giran tanto en el modo de proceder el perito, sino a la propia tecnología de la cadena de bloques en la que se soporta el acuerdo con sus estipulaciones. En función de la calidad, perfeccionamiento y fiabilidad de la tecnología *blockchain*, en una evolución de la misma sin errores y un acceso a la misma altamente intuitiva para el profano en tecnologías, ni tan siquiera sería preciso el papel del perito en la misma.

Llegados a este punto, podríamos referirnos al contrato basado en cadenas de bloques como prueba científica que BARONA VILAR entiende puede ser tenida como tal debido a que, “[I]a algoritmización de las fuentes de prueba (puede pensarse en la IA como perito o como creadora de documentos), en suma la denominada prueba científica que permite la interacción de la máquina con el ser humano o la actuación unidimensional maquínica y que, poco a poco, ha ido adquiriendo una suerte de “supravaloración probatoria”⁹².

las técnicas. En este sentido ALCOCEBA GIL, J. M., “Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, Nº. 1, 2018 los detalla con alguna diferencia respecto a NIEVA FENOLL: “i) La corroborabilidad empírica y falseabilidad de la teoría científica en que se sustenta su producción; ii) La posibilidad de determinar el porcentaje de error relativo a la técnica empleada; iii) La existencia de un control ejercido por otros expertos; peer review sobre la disciplina en cuestión; iv) La existencia de consenso general de la comunidad científica acerca de la validez de los planteamientos sobre los que se asienta; v) La necesidad de que exista una conexión directa entre la prueba y los hechos de los que trata el caso concreto.”

⁹² BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho...*; op. cit., p. 595, plantea el novedoso concepto de prueba científica: “Los desarrollos producidos en el campo de investigación experimental y tecnológico han propulsado la aparición de un concepto nuevo cuando de prueba se trata, la prueba científica, que representa no solo un contenido instrumental probatorio propio, sino muy especialmente un modus operandi probatorio novedoso.”

Este concepto podemos entender que se ajusta, de una forma más adecuada, al modo probatorio que precisa *blockchain*, pues no nos encontramos tan solo en una fuente de prueba que incorporada al proceso como medio probatorio es analizada y comprobada por el juez, procede a su valoración. La cadena de bloques por sí misma, a través de la propia tecnología en la que se sustenta ofrece la verificabilidad de su contenido⁹³.

En esta misma línea, SÁNCHEZ RUBIO cataloga la prueba científica como una categoría que no atiende a la encrucijada fuente y medio de prueba, “en la medida en que en algún momento del *iter* probatorio se haya valido de metodologías científicas durante su formación”⁹⁴.

La peculiaridad de la prueba en *blockchain* se encuentra en la necesidad de entrar en la metodología científica, más concretamente tecnológica que, por sí misma sin tener viabilidad la comprobación y la valoración, ofrece la certeza de la existencia o inexistencia de unos hechos y por tanto de las consecuencias jurídicas que proceden. Anteriormente, señalábamos como única comprobación externa a la tecnología, la coincidencia de los términos contractuales escritos y lo plasmado en los *scripts* introducidos en la plataforma, así como la legalidad de lo estipulado. En este caso, no nos encontraríamos con una prueba científica como tal, pues los extremos deberán ser comprobados conforme a los criterios clásicos probatorios. Sin embargo, el análisis de los *scripts* tiene que ser llevado a cabo por perito o, dicho de otro modo, traducidos a lenguaje natural, de tal modo que el juez precisa de esa interpretación científica para poder realizar a continuación su valoración probatorio que recae sobre la identidad del clausulado pactado *a priori*, sobre la abusividad o sobre cualquier otro extremo⁹⁵.

⁹³ WALTON, D. y ZHANG, N., *Inteligencia artificial y derecho*, vol. 21, No. 2, 2013, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2335090>, “The Epistemology of Scientific Evidence”, pp. 3 y 4. Realizan un planteamiento que denominan *epistemology of scientific evidence* (ESE), la “epistemología científica de la prueba” donde se pretende superar el enfoque tradicional donde los dos escenarios de ciencia y ley, el conocimiento se transfiere como prueba como único marco procesal de búsqueda de la verdad hacia el otro. Plantean que debe ser abordado de forma multidisciplinar que localiza el conocimiento en un marco procedimental que es capaz de probar o rechazar el hecho y su reclamación.

⁹⁴ SÁNCHEZ RUBIO, A., *La Prueba Científica en la Justicia Penal*, Valencia 2019, pp. 60 y 61. ALCOCEBA GIL, J. M., “Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, N.º. 1, 2018, pp. 226 y 227 “hasta la fecha no han reconocido esta modalidad probatoria como tipología o categoría diferenciable del resto de las pruebas”, señala la ausencia de un concepto jurídico de ciencia como origen del no desarrollo legislativo de prueba científica, donde se delimiten sus perfiles adecuadamente.

⁹⁵ ALCOCEBA GIL, J. M., “Los estándares de científicidad como criterio...”, op. cit., pp. 210 y 220 “el principal cometido del científico dentro de las salas de justicia pasa actualmente por brindar información sobre lo acontecido al juez mediante la denominada prueba científica. Mediante tal

La cuestión que plantea la prueba en *blockchain*, como prueba científica es la valoración judicial de la misma, ¿qué papel juega el órgano judicial?; ¿la valoración judicial se ve suplantada por la tecnología? BARONA VILAR despeja dudas sobre la “robotización judicial” en este campo, desterrando el planteamiento, dado el ineludible papel del juzgador en la valoración y en la motivación de su resolución, con independencia de haber partido de la información producida por los algoritmos⁹⁶.

La decisión última sobre la información facilitada por *blockchain* corresponde al órgano judicial, esa actividad nunca desaparece, cuestión ésta que parte de la actividad jurisdiccional en la que se enmarca y que está relacionada con el “control y supervisión humana” que debe imperar en los sistemas de la IA en todos los campos y más concretamente en el entorno judicial, previsto por la UE y que anteriormente hemos referido⁹⁷.

VI. DESARROLLO DEL PROCESO MONITORIO CON *BLOCKCHAIN*

Pese a la eficacia proclamada de esta modalidad contractual basada en la tecnología, que permite la auto ejecución de sus estipulaciones, de forma sucesiva, podría producirse un incumplimiento en una de las estipulaciones, especialmente en la última cuando se refiere al abono del activo estipulado para las anteriores estipulaciones.

En este estado de cosas, nos interrogamos sobre la idoneidad de plantear la solicitud e inicio de procedimiento monitorio (sin oposición), como “banco de pruebas” para una implementación del mismo a través de *blockchain*. La solicitud de inicio de monitorio, incluida la eventual ejecución civil, según sugiere BARONA VILAR, parecen idóneas para incorporar una “oficina judicial algorítmica que permitiera asistir a los órganos judiciales en determinadas tareas propias de la tramitación de la ejecución”⁹⁸.

El supuesto que planteamos para su estudio es aquel en el que la estipulación (bloque) referida al pago, la cual hay que realizarla a través del orá-

mecanismo, el juzgador se sitúa frente a la ciencia en posición pasiva, recibiendo el conocimiento que esta le ofrece e integrándolo en su razonamiento probatorio.”

⁹⁶ BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y...*, op. cit., pp. 602 y 603.

⁹⁷ *Carta Ética europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno* (2018); *Libro Blanco sobre IA un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* (2020).

⁹⁸ BARONA VILAR, S., “Una justicia ²digital² y ²algorítmica²...”, p. 55. Plantea la posibilidad de “un modelo híbrido de actuación máquina-humano permitiría muy probablemente paliar algunas falencias existentes en el actuar presente en el proceso de ejecución”.

culo, que en este caso será la entidad financiera del deudor de la obligación, no se produzca, ¿sería esto posible?

De igual modo que, en el momento que ordenamos una transferencia bancaria desde nuestra entidad, a un destinatario, perdemos el control de la misma, en principio el cumplimiento de la estipulación en el último bloque debe auto ejecutarse también como el resto. Sin embargo, pueden darse supuestos en los que no se produzca, como es el caso de ausencia de fondos en el momento que la entidad financiera (*oráculo*) debe ejecutar el bloque. En ese supuesto, ese bloque no se podrá cerrar pues al no entrar con la clave pública la entidad financiera, los nodos (mineros/ordenadores) ni siquiera entrarán a verificar la transacción.

Al observar, una realidad de las relaciones jurídicas actuales, cual es el desarrollo de los contratos inteligentes con la base tecnológica de *blockchain*, formulamos la siguiente hipótesis.

El contrato inteligente desarrollado en una plataforma de *blockchain*, en caso de incumplimiento en el pago pueda alcanzar la ejecución, a través de un procedimiento monitorio, sin necesidad del proceso declarativo previo, salvo en el caso de una eventual, pero difícil oposición. De tal modo que, el propio contrato inteligente desarrollado a través de la cadena de bloques, sirva de desencadenante de un monitorio que en ausencia de oposición del deudor pueda generar el correspondiente título ejecutivo.

El proceso monitorio nace de la necesidad de protección del crédito, mediante la agilización de la reclamación de deudas contraídas. Para este proceso especial su “esencial finalidad radica en obtener, en el menor tiempo, con el menor coste posible y sin más garantía que la derivada de la propia intervención judicial, un título que permita abrir el procedimiento de ejecución forzosa del derecho de crédito impagado”⁹⁹.

Sin embargo, pese a la eficacia del planteamiento que elude el proceso declarativo, para obtener un título ejecutivo y conseguir el cobro de la deuda dineraria, tiene un escollo en la sencilla oposición del deudor, lo cual implica derivar el monitorio en un proceso declarativo ordinario, bien sea ordinario o verbal, en función de la cuantía de la deuda alegada por el acreedor. La

⁹⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J M^a., y CASERO LINARES, L., *El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución dineraria, proceso monitorio y juicio cambiario*; Tomo II, Barcelona 2002, p. 1155.

posibilidad de frustrar el proceso monitorio es alta, razón por la cual su eficacia pierde intensidad¹⁰⁰.

El interés por un mecanismo procesal que permita acelerar el cobro de las deudas dinerarias con un principio de prueba es fruto de las consecuencias económicas que tiene la dilación del mismo. La Exposición de Motivos de la LEC se hace eco de esta finalidad “la Ley confía en que, por los cauces de este procedimiento, eficaces en varios países, tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños”. En esta línea la Directiva 2000/35¹⁰¹ plantea unas líneas recomendables de actuación “los Estados miembros debían velar para que se pudiera obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente, siempre que no hubiera habido impugnación de la deuda o de cuestiones del procedimiento.”¹⁰²

Son evidentes, los perjuicios que provocan en la economía de forma general y más concretamente en el tráfico mercantil y la competencia, las demoras en el cobro de las deudas dinerarias¹⁰³. Razón por la cual deben desarrollarse todos los mecanismos tendentes a obtener una adecuada protección que de forma ágil y con escaso costo, permita a los acreedores el cobro de su deuda. Esta es la finalidad del proceso monitorio europeo, así como de los respectivos monitorios de los estados miembros.

Señalábamos anteriormente que, el escollo de una sistemática o frecuente oposición del deudor ante el requerimiento de pago puede hacer fracasar

¹⁰⁰ LEONARDO ZORRILLA, L. A.; “La eficacia de la reclamación de deuda mediante procedimiento monitorio”, *Revista General de Derecho Procesal*, num. 38, 2016: “valorar el nivel de eficacia que el procedimiento monitorio aporta respecto de la opción de reclamar la deuda por el acreedor instando el procedimiento declarativo que por razón de la cuantía corresponda entendiendo por eficacia el buen término del proceso para el acreedor mediante el efectivo cobro de la deuda reclamada.”

¹⁰¹ Directiva 2000/35 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecían medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

¹⁰² Art. 5 Directiva 2000/35. Con anterioridad, el Consejo de Europa, en 1981, en una recomendación sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia, indicaba la necesidad de «disposiciones en materia de deudas no impugnadas o exigibles que aseguren la obtención rápida de una resolución definitiva sin formalidades, comparecencias ni costes innecesarios»

¹⁰³ MASUCH, K., ANDERTON, R., R., BENALA L, N., European Central Bank, “Occasional Paper Series Structural policies in the euro area”, p. 20. Plantean la necesidad de sistemas reforzados en la protección del crédito, más concretamente en materia de insolvencia para alcanzar la plena eficacia pues de lo contrario el sistema judicial quiebra las expectativas.

estas expectativas. Esta es la razón que nos lleva a plantear la posibilidad de un monitorio que encuentre las primeras fases del mismo insertadas en la cadena de bloques, una vez que se construya en esta tecnología el contrato inteligente.

De este modo, ante el incumplimiento de la estipulación del pago de la deuda dineraria (más adelante analizamos los requisitos de la deuda en el *smart contract*), se genere el bloque de requerimiento del pago, ante el Juzgado competente (art. 813 LEC)¹⁰⁴.

Llegado este punto el órgano judicial entraría en el “ecosistema” de *blockchain* desde su sistema de gestión procesal como un *oráculo*, lo cual le permitiría entrar en esta aplicación de registros descentralizada. El posible acceso del órgano judicial a la cadena de bloques, se ha referido anteriormente en relación al tratamiento probatorio del *smart contract* en *blockchain*. Esta posibilidad la recoge NADAL GÓMEZ en la eventual tutela cautelar de estos contratos desarrollados en la cadena de bloques y plantea dos posibles propuestas para llevarla a cabo. Por una parte, “la inclusión en el SC [*smart contract*] de las funciones necesarias para que un órgano judicial pueda acceder al mismo y leerlo y modificarlo... creación, al menos inicialmente, de unos órganos especializados en la materia, en el seno de la jurisdicción civil.”¹⁰⁵.

El acceso a la cadena de bloques infiere la identificación del acreedor y del deudor, la fecha de la deuda (art. 814 LEC), el acceso a los documentos acreditativos de la deuda (art. 812.1 1º y 2º LEC) y realizar las comprobaciones relativas a los requisitos de la deuda (art. 812.1 LEC). De modo que, el contenido de la solicitud del monitorio se encuentra en este registro de registros.

¹⁰⁴ Artículo 813 LEC *Competencia*: “Será exclusivamente competente para el proceso monitorio el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el Tribunal, salvo que se trate de la reclamación de deuda a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 812, en cuyo caso será también competente el Juzgado del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante.”

¹⁰⁵ NADAL GÓMEZ, I., “Los “Smart contract...””, op. cit., p. 381. El tema que plantea es sumamente interesante, pues la posible tutela cautelar en unos contratos que indefectiblemente se autoejecutan, se revela compleja en su materialización.

1. REQUISITOS DE LA DEUDA

Para contrastar esta hipótesis debemos realizar un razonamiento comprobando las condiciones de la deuda dineraria (art. 812.1 LEC) y las formas de ser acreditada (art. 812.1 y 2 LEC).

1.1. Deuda dineraria

Aquellos contratos desarrollados con *blockchain* donde haya una obligación dineraria por una o ambas partes, permitiría acudir al proceso monitorio a aquella parte que no hubiese visto satisfecha dicha obligación. Debe tratarse de deudas que sean abonables y, por consecuencia, extinguidas por la entrega de una cantidad o suma de dinero. De este modo habría que sustraer los contratos que impliquen obligación de hacer, de no hacer o de dar cosa distinta a dinero, obligaciones que por otra parte tienen difícil encaje en un contrato desarrollado en la cadena de bloques. Si bien es cierto que existen casos de entregas de la posesión (vivienda, coches...) o referentes a propiedad intelectual, entre otros.

Otra cuestión con especial repercusión en estos contratos de cadena de bloques es la relativa a deuda representada en dinero de curso legal. Se entiende que puede ser moneda extranjera, en virtud del reconocimiento a la misma que hace el art. 577.1 LEC, en relación a la ejecución dineraria: “Si el título fijase la cantidad de dinero en moneda extranjera, se despachará la ejecución para obtenerla y entregarla. Las costas y gastos, así como los intereses de demora procesal, se abonarán en la moneda nacional.”

Sin embargo, en principio podrían surgir dudas sobre la deuda en criptomonedas, que a la vez puede ser una moneda habitual en estas contrataciones. Las monedas virtuales no son monedas de curso legal, pues están descentralizadas razón por la cual no hay una entidad financiera pública o banco nacional, que las emita, sin embargo, son utilizadas como medio de pago por personas físicas o jurídicas en transacciones (*peer to peer*). La descentralización de las operaciones con criptomonedas y la ausencia de entidad intermediaria, podría crear una apariencia de inseguridad y arbitrariedad, pero al contrario de ello, la comprobación de la titularidad de esta moneda y la imposibilidad de ser copiada se certifica precisamente con la tecnología *blockchain*.

Las sombras se plantean en la ausencia de correspondencia con moneda fiduciaria, sin embargo, dado el auge de la moneda virtual, cada vez más surgen necesidades regulatorias ante un fenómeno que se instala en las

economías. Prueba de ello es que la Ley 10/2010¹⁰⁶ contempla y define las monedas virtuales “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.”

Así mismo, cabe la conversión de moneda virtual a moneda de curso legal (moneda fiduciaria), el art. 1.6 de la Ley 10/2010 de blanqueo de capitales delimita la actividad de cambio de estas divisas, “[s]e entenderá por cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que haya sido emitido.”

Todo ello, hace pensar que el contrato inteligente realizado con criptomonedas no deberá ser óbice, frente a los requisitos de un proceso monitorio. Si bien es cierto que al tratarse de una representación de valor y por tanto funcionar como unidad de cuenta y depósito de valor debería ser considerado como derecho realizable. Ese futuro de necesidad de ser realizado el valor podría plantear dudas sobre la cualidad de liquidez, que analizamos a continuación.

Por ello, la evolución de las criptomonedas y su encuadre en los sistemas monetarios, permitirá determinar el cumplimiento de los requisitos del art. 812 LEC del monitorio, en los contratos inteligentes con criptomonedas, equiparándolos a los supuestos de deuda dineraria de curso legal.

1.2. Líquida y determinada

El artículo 572 de la LEC determina que una deuda líquida es aquella cantidad de dinero que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. Si partimos de una deuda así expresada, las criptomonedas no plantearían problema pues su valor se expresa numéricamente y existe la posibilidad de conversión de moneda en los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

¹⁰⁶ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

La deuda líquida la identificamos como deuda determinada, esto es que no precisa de operaciones o conversiones para hacerla determinable. La propia naturaleza del contrato inteligente realizado con tecnología de cadena de bloques infiere la necesidad de una prestación determinada, para que pueda ser auto ejecutada. De modo que permite cumplir los requisitos del art. 812 LEC.

1.3. Vencida y exigible

Al igual que la característica de liquidez y determinación de la cuantía es consustancial a la propia naturaleza del contrato en *blockchain*, este requisito es inherente a este contrato.

En la línea temporal en la que se desarrolla el *smart contract*, a lo largo de la cadena de bloques, la contraprestación por la que se genera la deuda irremediamente se ha ejecutado. No puede generarse la obligación del pago sin haberse perfeccionado previamente la estipulación que lo genera, razón por la cual aquel es exigible.

Si estos contratos se caracterizan por la agilidad, irrevocabilidad, invariabilidad, parece lógico, no solo evitar el proceso declarativo, por la prácticamente nula posibilidad de controversia, sino también reconocerlo como forma de acreditar la deuda dentro del procedimiento monitorio.

2. PETICIÓN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO

La petición de inicial del monitorio prevista en el art. 814 LEC, sería uno de los bloques programados en la cadena para el impago de la deuda dineraria, debiendo tener el juzgado la clave que le permite acceder a la misma como un “*oráculo*”. Esta solicitud se materializa en este bloque que contiene “la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda”. Sin olvidar que la propia cadena de bloques contiene esta y toda la información del origen y desarrollo del negocio jurídico, pero el nodo de solicitud de inicio puede contener esa específica información a efectos de ser debidamente comprobados por el Letrado de la Administración de Justicia. De este modo, el principio de prueba de la solicitud de procedimiento monitorio es generada por la propia plataforma y permitiría, conforme al art. 815 LEC dar paso al requerimiento de pago por parte del Letrado de Administración de Justicia.

La premisa del *smart contract* de confianza mutua entre las partes que los formalizan en *blockchain*, permite plantear la inclusión de este bloque autoejecutable ante el órgano judicial competente. Respecto a la competencia, pueden plantearse dudas, en relación al correcto domicilio, a efectos de notificaciones, para evitar una indefensión. Sin embargo, entendemos que la notificación debe estar programada en la propia cadena, con independencia del domicilio. En los supuestos de *smart contracts* formalizados entre empresario o profesional y consumidor o usuario, con independencia de lo sucedido en la plataforma, deberían paralelamente producirse las notificaciones y requerimiento que vemos a continuación en el domicilio del mismo, con independencia del carácter virtual de ejecución de las estipulaciones.

3. REQUERIMIENTO DE PAGO: IDENTIFICACIÓN DE ACREEDOR Y DEUDOR Y FECHA

Hemos referido anteriormente que cada una de las estipulaciones contractuales reflejadas en la programación del contrato inteligente en la cadena de bloques, cuando son ejecutadas conllevan un sellado en el tiempo e identificación del autor de la misma.

Este sellado identifica a los autores de cada operación auto ejecutada, la cual queda certificada, a través de la validación que realizan todos los nodos autorizantes (“mineros”) que comprueban mediante código encriptado inmutable cada una de las auto ejecuciones.

Por tanto, las operaciones en el contrato inteligente están avaladas por los sellados en el tiempo que generan los *hash* de *blockchain*, sobre los cuales hemos referido no hay consenso sobre la equiparación con la firma¹⁰⁷ o sello electrónico calificado¹⁰⁸ de un Prestador de Servicios de Confianza que conforme al Reglamento 910/2014. Este Reglamento reconoce a la firma electrónica avanzada “un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita¹⁰⁹ y a los sellos cualificados de tiempo electrónicos “una presunción de exactitud de la fecha y hora que indican y de la integridad de los datos a los que la fecha y hora estén vinculadas.”¹¹⁰. El reconocimiento de estos

¹⁰⁷ Art. 3. 12) Reglamento de firma electrónica 940/2014, la firma la realiza persona física y define la firma electrónica cualificada como “una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica.”

¹⁰⁸ Art. 3. 27) Reglamento de firma electrónica 940/2014, el sello electrónico corresponde a la persona jurídica “un sello electrónico avanzado que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de sellos electrónicos y que se basa en un certificado cualificado de sello electrónico.”

¹⁰⁹ Art. 25.2 Reglamento firma electrónica 940/2014.

¹¹⁰ Art. 41.2 Reglamento firma electrónica 940/2014.

estándares por el Reglamento 910/2014 sería el lanzamiento real y efectivo de los *smart contracts* y de su seguridad jurídica.

Conforme a lo expuesto anteriormente las identidades de las partes involucradas en el contrato inteligente en la cadena de bloques, a través del *hash* quedan debidamente autenticadas y los sellados en el tiempo se ven doblemente reforzados.

Realizadas estas comprobaciones por parte del Letrado de la Administración de Justicia, desde su “*oráculo*” o clave pública, podría generar dentro de la cadena el bloque de requerimiento de pago al deudor. El contenido del mismo se ajustará a lo previsto en el art. 815 LEC, de tal modo que lo establecido en el art. 161 LEC se materializaría como un nuevo bloque recepcionado por el deudor.

El deudor ante el bloque generado por el Letrado de la Administración de Justicia requiriéndole de conformidad con lo establecido en el art. 815.1 LEC, “para que, en el plazo de veinte días, pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal, o comparezca ante éste y alegue de forma fundada y motivada, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada. En caso contrario dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial”.

Este requerimiento se materializa, de igual modo, en la cadena de bloques. Si la actitud del deudor es realizar el pago conforme al art. 817 LEC, realizará el mismo en la cadena de bloques y se producirá el archivo de las actuaciones.

En el caso de no ejecutarse este bloque que debe estar programado para ello, se procedería fuera ya de la plataforma *blockchain*, conforme a lo previsto al art. 816 LEC, pudiendo ya en ese momento solicitarse el despacho de ejecución.

Dado el crecimiento de contratos entre empresarios y profesionales y consumidores y usuarios en *blockchain*, plantea ciertos interrogantes lo previsto en el apartado 4 del art. 815 LEC, para el control de abusividad de ciertas cláusulas. El control puede ser realizado dentro de la cadena de bloques pues el órgano judicial tiene acceso al estipulado del contrato, sin embargo, si existiese indicio de existencia de alguna cláusula abusiva, entendemos que debe ser llevada a cabo la vista correspondiente, en aras de no soslayar esa audiencia, pese a que para “dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.”

4. OPOSICIÓN DEL DEUDOR

El deudor podrá oponerse, conforme lo establecido por el art. 818 LEC, para lo cual deberá realizar las actuaciones pertinentes, en este caso también fuera de *blockchain*, alegando pluspetición, existencia de hechos extintivos o impeditivos. La resolución deberá sustanciarse conforme al juicio verbal u ordinario, en función de la cuantía, correspondiendo en este caso desplegar la función jurisdiccional del órgano judicial dentro del proceso civil declarativo ordinario, que no puede nunca ser sustraída por *blockchain*, ni por cualquier otro sistema de inteligencia artificial.

Sin embargo, hay que recordar que el registro de registros en el cual se ha desarrollado la formalización del *smart contract* dificulta en gran medida las posibles causas de oposición, dada la inmutabilidad de estos contratos. Por esta razón, la prueba, en principio, será determinante pues debe ofrecer una alta fiabilidad de lo acontecido en la auto ejecución del contrato. De todos modos, las posibles discordancias que puedan ser alegadas entre lo pactado en el contrato redactado en lenguaje natural y la materialización de esos pactos en la plataforma de *blockchain*. Para ello, habría que estar a lo expuesto anteriormente sobre la prueba en *blockchain*.

Todo ello, supone la posibilidad de desarrollo de una fase importante del proceso monitorio, totalmente automatizada y auto ejecutada, dentro de la cadena de bloques, con las necesarias intervenciones (con sus claves) del Juez y del Letrado de la Administración de Justicia.

Un proceso monitorio de estas características supondría una agilización eficiente de las reclamaciones de deuda sin quedar comprometida ninguna garantía procesal. El monitorio tiene todas las características necesarias para plantear el inicio de puesta en marcha de *blockchain* en los juzgados.

VII. REFLEXIÓN

La digitalización de la justicia debe aspirar a la eficiencia, mediante el aprovechamiento de las tecnologías de una forma integral. Un planteamiento a retazos corre el riesgo de convertirse en una actualización de la justicia incompleta que refleja dos velocidades distintas, la de las relaciones sociales y jurídicas y la de la resolución de sus problemas en el proceso. Este planteamiento no puede ser, actualmente, abordado de forma integral, sin embargo, en los casos de comercio electrónico, donde lo acordado, las estipulaciones, el consentimiento, el tratamiento de los datos y la ejecución

de lo convenido se produce en una plataforma tecnológica, se revela como posible.

Esta ya es suficiente razón para evitar el soslayo de la tecnología *blockchain*, en la Justicia, el legislador debe estar preparado para responder a los constantes cambios que se están produciendo y que se avecinan. Ante un desconocimiento de materias sumamente técnicas y una postura que identifica la seguridad jurídica con la tradición, no podemos permitir que se vayan generando lagunas legales y dejarlas en manos de los jueces para ser valoradas individualmente.

La viabilidad de esta propuesta debe ser revisada por el estricto respeto de los derechos fundamentales y por ende de las garantías procesales. De modo que, con una correcta y muy cuidada conjugación de eficiencia digital y respeto del debido proceso y principio de legalidad, se puede alcanzar una justicia sostenible. No cabe duda que, se evidencian dificultades, de una parte, por las garantías procesales constitucionales que la presiden y por otra porque sus protagonistas, jueces y magistrados, pueden plantear ciertas reticencias a la cultura digital.

Sin embargo, la tecnología *blockchain* en su tratamiento probatorio precisa de un marco legislativo que permita reconocerle las valiosas características que proporciona a los contratos inteligentes, especialmente la inmutabilidad y auto ejecución. La posibilidad de adquirir estos contratos fuerza probatoria plena depende de ello y como consecuencia acercarse a la tan ansiada y proclamada eficiencia de la Justicia.

Si a mayor abundamiento, se valora la posibilidad de iniciar la solicitud de monitorio (programada para auto ejecutarse en la plataforma *blockchain*) y la tramitación de sus requisitos en la cadena de bloques, para generar el título ejecutivo, se habrá dado un paso hacia la mencionada eficiencia. La razón de plantear la irrupción de esta tecnología en la actividad judicial en el proceso monitorio se halla en las especiales características del mismo. La comprobación de existencia de la deuda y la eventual de cláusulas abusivas puede ser llevada a cabo en la cadena de bloques, sólo en el caso de haber oposición del deudor tendría que derivarse al correspondiente proceso declarativo.

Este eventual paradigma de eficiencia redundante en la tutela judicial efectiva, pues permite aminorar tiempos y trabajos, tanto del órgano judicial, como del personal al servicio de la administración de justicia, para atender otros procedimientos, gracias al “libro de registros”.

Creemos que, de un modo u otro, el uso de *blockchain* probablemente sea una realidad en el proceso civil, sería ingenuo pensar que es un cambio para el que estemos preparados y sea inminente. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, en el ámbito de los MASC esta tendencia, están des-puntando iniciativas debido a la característica flexibilidad de los mismos (Kleros, financiada por la UE; Blockchain Arbitration Society [BAS]; Confideal; JuryOnline).

Debemos advertir que, en ningún caso, se plantea la sustitución de la función jurisdiccional por plataforma o máquina computacional alguna. El “control del usuario” proclamado por la UE para la IA, con independencia de los informáticos que realizan el diseño de los algoritmos y vigilan el respeto de los principios mencionados, se personaliza de forma especial en la figura del juez. Es el juez el que tomará las decisiones y nunca la máquina, desde la perspectiva antropocéntrica de la UE se está desarrollando un marco normativo que podríamos afirmar es un “cortafuegos” a cualquier intento de sustitución. Para ello, entendemos fundamental que los juristas y más concretamente la academia sea responsable en los anuncios futuristas de una justicia controlada y administrada por las máquinas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOCEBA GIL, J. M., “Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 4, Nº. 1, 2018.
- ALMONACID SIERRA, J. J. y CORONEL ÁVILA, Y., “Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el Derecho Contractual Privado”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 38, enero-junio 2020.
- ARIZA COLMENAREJO, M^a J., “Aplicación eficaz de las tecnologías a las actuaciones judiciales” en *Justicia y Proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Madrid 2021.
- ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Barcelona 2021.
- BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*, Valencia 2021.
- BARONA VILAR, S., “Una justicia digital y algorítmica para una sociedad en estado de mudanza”, *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia 2021.
- BARONA VILAR, S., “La digitalización y la algoritmización, clave del nuevo paradigma de justicia eficiente y sostenible”, *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Pamplona 2022.

- BARRIOS ANDRÉS, M., “Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho”, *ARI* 82/2020, Real Instituto Elcano, 9 de junio de 2020.
- BLANDINO GARRIDO, M^a A., “El consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales en las comunicaciones electrónicas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 4, Estudios (octubre-diciembre, 2022).
- BUENO DE MATA, F., “Macrodatos, Inteligencia Artificial y proceso: luces y sombras” en *Revista General de Derecho Procesal*, num. 51, 2020.
- CALAZA LÓPEZ, S. Blockchain y Smart contracts: ¿un ecosistema digital seguro al margen de la ley?”, *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Dir. COLOMER HERNÁNDEZ, I., Pamplona 2022, pp. 233.
- CHRISTIDIS, K., y DEVETSIKIOTIS, M., “Blockchains and Smart contracts for the Internet of Things”, *IEEE Access*, 4, 2016.
- DELGADO MARTÍN, J., “Desafíos del Poder Judicial ante las nuevas tecnologías una concepción integral del expediente electrónico”, p. 3, (disponible en <https://www.fiscal.es/search?category=36789&q=joaquin+delgado&delta=75>).
- DELGADO MARTÍN, J., “Reflexiones sobre el estado actual de la transformación digital de la justicia” en *Revista Acta Judicial* n° 8, julio-diciembre 2021.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Contratos electrónicos autoejecutables (Smart contract) y pagos con tecnología blockchain”, *Revista de Estudios Europeos*, N° 70, julio-diciembre, Monográfico-Economía colaborativa, 2017-69-97.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J M^a., y CASERO LINARES, L., *El cobro ejecutivo de las deudas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución dineraria, proceso monitorio y juicio cambiario*; Tomo II, Barcelona 2002.
- GARCÍA TERUEL, R. M^a., “Introducción al fenómeno de la “tokenización”: estudio de casos”, *La tokenización de bienes en blockchain, Cuestiones civiles y tributarias*, coord. GARCÍA TERUEL, R. M^a. Pamplona 2022.
- HOYOS SANCHO, M., “El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como 2º sector de riesgo”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 76, octubre-diciembre 2020, p. 12 Madrid, 2020.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *Consortio Red Alastria (Origen y reforma de la primera blockchain de España)*, Madrid 2020.
- LEONARDO ZORRILLA, L. A.; “La eficacia de la reclamación de deuda mediante procedimiento monitorio”, *Revista General de Derecho Procesal*, num. 38, 2016.
- MASUCH, K., ANDERTON, R., R., BENALA L, N., European Central Bank, “Occasional Paper Series Structural policies in the euro area”.
- MELO, L., “Régimen jurídico de blockchain: una prueba atípica”, *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, num. 46, 2019.
- MORA ASTABURUAGA, A., “Smart contracts. Reflexiones sobre su concepto, naturaleza y problemática en el Derecho Contractual”, *Revista de Derecho UNED*, n° 26, 2021.

- NADAL GÓMEZ, I., “Los “smart contracts” y el derecho a la tutela judicial efectiva” en Justicia: garantías versus eficiencia, Dir. JIMÉNEZ CONDE, F., BELLIDO PENEDÉS, R., Valencia 2019.
- NAKAMOTO, S., (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. [Online]. Disponible: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- NASARRE AZANAR, S., “Naturaleza jurídica y régimen civil de los “token” en “blockchain”, *La tokenización de bienes en blockchain, Cuestiones civiles y tributarias*, coord. GARCÍA TERUEL, R. M^a. Pamplona 2022.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*”, Madrid 2018.
- NIEVA FENOLL, J., “Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial”, *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 11-26, 2018.
- NIEVA FENOLL, J., “Aproximación a la esencia de la discrecionalidad judicial”, *Justicia*, 2022, num. 2.
- PUERTAS ÁLVAREZ, O., VALENTÍ I VIDAL, O., et al., “Unlocking Blockchain Evidence in International Arbitration”, *Arbitration Review, Revista del Club Español, del Arbitraje*, 2022, Volumen 2022, asunto 43.
- SÁNCHEZ RUBIO, A., *La Prueba Científica en la Justicia Penal*, Valencia 2019.
- TAPSCOOT A. y TAPSCOOT D. “La revolución del BLOCKCHAIN. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la economía global”. Traducido por Juan Manuel Salmerón, DEUSTO 2016.
- VALENCIA RAMÍREZ, J. P., “Derecho, tecnologías e innovación: *blockchain* y contratos inteligentes”; *Revista de Investigación en Tecnologías de la In formación Journal*, Vol. 8, 16 (Julio-diciembre 2020).
- WALTON, D. y ZHANG, N., “The Epistemology of Scientific Evidence”, *Inteligencia artificial y derecho*, vol. 21, No. 2, 2013, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2335090>,

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 CSJC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com

Perfiles de la acción penal (y de la inacción) en el sistema de la fiscalía europea

Luca Lupària Donati

Jacopo Della Torre

Los intereses de justicia de las víctimas de violencia sexual: percepción de operadores y víctimas del tratamiento procesal

Helena Soleto Muñoz

Jessica Jullien de Asis

Acceso al sistema de justicia penal de las víctimas vulnerables menores de violencia sexual. La prohibición de la mediación penal

Ana María Rodríguez Tirado

Verdad, prueba y proceso civil

Julio Picatoste Bobillo

Medidas cautelares y enfermedad mental: sobre el artículo 544 *bis* lecrim y las consecuencias procesales del quebrantamiento

Belén Hernández Moura

Proceso civil y los smart contracts en blockchain

Isabel Villar Fuentes
