

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 7

Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales

Inmaculada de Miguel Herrán / Manuel Ayo Fernández / Víctor Moreno Catena / Pedro Crespo Barquero / Juan Ignacio Echano Basaldúa / Alfonso Aya Onsalo / Joaquín Giménez García / Fernando Grande-Marlaska Gómez / Joan E. Garcés / Juan Pedro Yllanes Suárez / Rafael Jiménez Asensio / Ignacio José Subijana Zunzunegui / María Reyes San Emeterio Peña / Iñaki Sánchez Guiu / Rosa Gómez Álvarez

 **Deusto**

Publicaciones

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 7

Problemas actuales
del proceso penal
y derechos fundamentales

Inmaculada de Miguel Herrán
Manuel Ayo Fernández
Víctor Moreno Catena
Pedro Crespo Barquero
Juan Ignacio Echano Basaldúa
Alfonso Aya Onsalo
Joaquín Giménez García
Fernando Grande-Marlaska Gómez
Joan E. Garcés
Juan Pedro Yllanes Suárez
Rafael Jiménez Asensio
Ignacio José Subijana Zunzunegui
María Reyes San Emeterio Peña
Iñaki Sánchez Guiu
Rosa Gómez Álvarez

Bilbao
Universidad de Deusto
2010

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Jesús Erroba Zubeldia
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es
ISBN: 978-84-9830-377-3

Impreso en España/Printed in Spain

Índice

Presentación <i>Inmaculada de Miguel Herrán, Manuel Ayo Fernández</i>	9
La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal <i>Víctor Moreno Catena</i>	13
Intervenciones judiciales en materia de comunicaciones telefónicas e internet <i>Pedro Crespo Barquero</i>	55
Las limitaciones o privaciones de libertad durante el proceso <i>Manuel Ayo Fernández</i>	105
Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos? <i>Juan Ignacio Echano Basaldúa</i>	155
El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas <i>Alfonso Aya Onsalo</i>	187
Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo <i>Joaquín Giménez García</i>	213
La acción popular-la acusación popular <i>Fernando Grande-Marlaska Gómez</i>	237
La acusación popular y los crímenes de lesa humanidad cometidos en España <i>Joan E. Garcés</i>	253

El derecho a un proceso público, concurrencia de la libertad de información, derechos fundamentales del detenido, juicios paralelos <i>Juan Pedro Yllanes Suárez</i>	283
Deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez a la luz de la imparcialidad judicial <i>Rafael Jiménez Asensio</i>	301
La acción de juzgar en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial <i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	319
Reformas procesales recientes. Actuación del Secretario. Implantación de la oficina judicial <i>María Reyes San Emeterio Peña</i>	337
Reformas procesales recientes. Actuación del Secretario. Implantación de la oficina judicial <i>Iñaki Sánchez Guiu</i>	369
El camino hacia la Nueva Oficina Judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco <i>Rosa Gómez Álvarez</i>	397

Presentación

Inmaculada de Miguel Herrán

Directora de Relaciones Sociales, Estudios y Modernización del Ararteko

Manuel Ayo Fernández

Magistrado, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya

Esta publicación que presentamos, configura el número siete de los Cuadernos Penales Jose María Lidón y compendia las ponencias de la edición de igual número organizadas en el Palacio de Justicia de Bilbao los días 25 y 26 de marzo de 2.010, como homenaje del mundo de la Justicia y el Derecho a José María Lidón.

Como ha ocurrido desde el inicio de la celebración de estas Jornadas, auspiciadas por quienes eran sus amigos y compañeros y compañeras en la Audiencia Provincial de Vizcaya y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, así como en la Universidad del País Vasco, las mismas constituyen una ocasión muy singular para poder recordarle, para seguir reivindicando los principios en los que creía firmemente, y para debatir en torno a temas que a Jose Mari le hubieran apasionado, como apasionado era del derecho penal y del marco de garantías configurado dentro del proceso penal.

Estas Jornadas, fueron institucionalizadas como Jornadas anuales de formación en materia penal —de la que era especialista Lidón— en el marco del convenio de formación continuada para Jueces y Magistrados suscrito en su día entre el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco y el Consejo General del Poder Judicial para la formación continuada de los miembros de la carrera judicial en el País Vasco, con la decisiva colaboración de la Universidad de Deusto.

Todos los años desde aquel fatídico 7 de noviembre de 2001 necesariamente nos vuelve el recuerdo de aquel horrible crimen que nadie olvidará y también recobra nuestra memoria vivencias relacionadas con José María.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-377-3, núm. 7/2010, Bilbao, págs. 9-12

Su recuerdo permanece en cada uno de los que le conocieron mas cercanamente pero también en todos los miembros de esta sociedad, por las placas conmemorativas, fotografías, el nombre del Centro de documentación judicial pero también por estas Jornadas en póstumo homenaje en las que siempre se pretende tratar una problemática relacionada con el Derecho penal que era la materia que a él le gustaba y conocía, y que tienen por objeto que en la conciencia colectiva no se olvide nunca a este profesor y magistrado y sepamos valorar la importancia de dos funciones trascendentes en nuestra comunidad como es la docencia universitaria y la jurisdiccional, ambas necesarias para una convivencia en paz.

En estas VII Jornadas se eligió como materia a tratar «Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales» que aunque ha sido objeto de discusión y debate en diversos foros no por eso cesa en su interés porque con el transcurso del tiempo toda la problemática procesal-penal relacionada con los derechos fundamentales no solo se reproduce sino que se renueva constantemente, girando en torno a estos derechos esenciales cuestiones que han ido mutando según el discurrir temporal y las reformas legales.

Al configurar el curso, hemos sido muy ambiciosos en los temas sometidos a debate, todos ellos de gran calado, destacando, asimismo, la categoría y número de los ponentes, en los que se ha buscado no solo sus profundos conocimientos de los temas, sino también la pluralidad de sus profesiones, así como su experiencia y capacidad de comunicación y de generación de debates, y así, hemos contado con docentes universitarios, miembros de la magistratura, de la fiscalía, de la abogacía, y altos cargos del Ministerio de Justicia y del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco; contando, igualmente, con la función impulsora y coordinadora de la Vocal Territorial para el País Vasco del Consejo General del Poder Judicial Margarita Uría.

Se da, además, la circunstancia de que varios de ellos: Joaquín Giménez, Alfonso Aya, Iñaki Sánchez, Fernando Grande-Marlasca o Rafael Jiménez Asensio, ejercieron durante muchos años sus desempeños profesionales en el País Vasco, y esta efeméride ha servido como catalizador para convocarlos aquí de nuevo.

También ha constituido un objetivo explícito en la organización conseguir que las personas destinatarias de las Jornadas configuraran un espectro absolutamente plural, mediante una representación de todos los colectivos de la justicia (magistratura, fiscalía, secretariado judicial y abogacía), así como de la Universidad, de la Ertzaintza, del Gobierno Vasco y del Ararteko.

La metodología ha propiciado formatos diversos, desde la ponencia marco que ha situado el paradigma de las garantías procesales debidas en el proceso penal; ponencias individuales focalizadas a aspectos concretos de las mismas, así como dos mesas redondas; habiendo dado lugar a interesantes y vivos debates que han enriquecido con visiones prácticas los planteamientos doctrinales.

Profundizando ya en el eje transversal de la actividad de formación programada, nos cabe resaltar que el proceso penal, en un Estado democrático de Derecho que pretendemos alcanzar en sus máximas consecuencias, ha dejado de constituir solo un mero instrumento de realización del *ius puniendi* del Estado, como se recogía en los manuales de derecho procesal, para convertirse en el marco de realización de las garantías procesales y del respeto a los derechos fundamentales.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que se ha instalado en nuestra sociedad, y especialmente en la órbita jurídica, la cultura del respeto a los derechos fundamentales, aunque a veces su protección venga precedida de vulneraciones a los mismos, y pretendiendo responder a las preocupaciones que genera el esfuerzo de garantizarlos se ha tratado de afrontar algunos de sus más acuciantes problemas.

Las ponencias y su contenido requieren atención porque a través de las mismas se han abordado cuestiones tan dispares como las que se refieren a la garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal, con una concreción referida a las intervenciones judiciales en materia de comunicaciones telefónicas e internet, como las que suscita en el proceso penal el derecho a la libertad, porque es imposible en ningún foro sobre el proceso penal que no surjan nuevos interrogantes relacionados con este derecho; tampoco nos podíamos olvidar de la problemática impuesta por la actualidad mediática sobre el ejercicio de la acción penal, con particular referencia a la acusación popular, tan criticada por unos por sus connotaciones políticas, mientras otros alaban sus excelencias como cauce de reacción ante la vulneración de derechos fundamentales cuando la respuesta oficial o publica no llega o tarda en hacerlo.

Otra de las materias abordadas afecta al derecho a un proceso público y a la libertad de información, en constante tensión a través de las noticias escritas, fotografías e imágenes que nos proporcionan los medios de comunicación desde que se produce la detención de una persona y sus vicisitudes posteriores, lo que nos transporta a los denominados juicios paralelos y también a la eventual limitación de los derechos del detenido en la información que aquellos proporcionan sobre determinados hechos delictivos de mayor trascendencia social y que están en el pensamiento de todos.

No podía faltar en un momento de reformas procesales, que pretenden lograr una mayor eficacia de los recursos personales y materiales disponibles en la Administración de Justicia, las ponencias que, con aportaciones que ofrece la experiencia profesional, se refieren a los últimos cambios procesales que conllevan la implantación de la nueva oficina judicial, destacando el reconocimiento legislativo al protagonismo que ya viene siendo asumido por el Secretario judicial, además de convertirle en uno de los ejes principales de la oficina diseñada, siendo de interés también conocer los planteamientos que se formulan desde las distintas Administraciones concurrentes en cuanto poseedoras de los medios materiales necesarios para llevar a cabo la reforma pretendida.

Por último, debemos finalizar agradeciendo a las instituciones que con su colaboración hacen posible que año tras año se celebren estas Jornadas de homenaje, a las autoridades que contribuyeron a su presentación, a todos los ponentes por su espléndida y generosa disposición a colaborar en estas Jornadas y el esfuerzo realizado, y a todos los que han participado con su asistencia, sin los cuales ningún sentido tendría todo el trabajo realizado.

La garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid

I. Introducción. La investigación de los delitos

El proceso penal es el instrumento jurídico necesario para la aplicación del Derecho penal, de modo que si se ha de perseguir una conducta delictiva, el proceso es el instrumento imprescindible para ello. Al propio tiempo, representa probablemente el principal campo de tensión entre la exigencia ciudadana de seguridad y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso.

El proceso penal sirve para garantizar la seguridad pública, como un valor digno de especial protección, pues funciona precisamente como el elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal que deben adoptar los poderes públicos.

Pero también debe salvaguardar los derechos de la persona que se ve sometida al proceso penal, pues cuando alguien es llamado como imputado aparece su libertad seriamente amenazada, y el valor político que representa la libertad, o el conjunto de derechos que conforman las libertades civiles, se ponen en riesgo, tanto por la definitiva imposición de sanciones en la sentencia condenatoria como en razón de las medidas cautelares y de las diligencias de investigación que puedan ordenarse durante la sustanciación del proceso.

En el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal que surge de la Revolución francesa, el tratamiento del imputado presenta un cambio radical, pues se trasladan a las leyes procesales los principios de respeto de los derechos básicos de la persona por los órganos públicos que intervienen en la represión de los delitos y, además, se reconocen algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso penal.

El gran principio de la libertad individual tiene que impregnar también las actuaciones procesales y, de acuerdo con él, se han de establecer los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, poniéndose coto a las ilimitadas facultades que se conferían a la autoridad judicial para la privación de libertad del imputado durante el procedimiento, así como las garantías para realizar diligencias de investigación de los hechos cuando puedan resultar afectados ciertos bienes jurídicos esenciales.

En el proceso penal se distinguió de un modo nítido entre la función de acusación, que se atribuyó al Ministerio Fiscal actuando de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, y la función de enjuiciamiento, que se encomendó a órganos del Poder Judicial (inicialmente también se le atribuyó a un juez la investigación de los delitos)¹. Así el acusador no podrá en adelante enjuiciar, y su función procesal se limitará precisamente a la de pedir la aplicación de la ley penal al caso concreto, formulando la acusación conforme entienda que se han producido los hechos, y de acuerdo con su visión y valoración de los mismos; es decir, el acusador público tiene un interés objetivo en la represión, pero carece de derecho o interés subjetivo o personal que defender en el proceso (por eso no se puede recusar al representante del Ministerio Fiscal, pero sí instar su separación del procedimiento). Por su lado, al juzgador le está vedada cualquier intervención que pueda suponer ejercicio de acusación, de modo que no podrá formular imputación, ni introducir hechos nuevos en el proceso, sino que habrá de atenerse a lo alegado y probado por las partes.

Al imputado se le rodeó de un conjunto de garantías que configuran un status procesal que parece ya definitivamente asentado en la

¹ En lo que se refiere a la respuesta pública ante la comisión de un hecho delictivo, la Revolución francesa atribuyó en un primer momento la función de iniciación del procedimiento penal y la investigación de los delitos al juez de paz, elegido por el pueblo, y creó la figura de los acusadores populares, precisamente por la desconfianza que suscitaban en los revolucionarios los comisarios o acusadores del Rey, que luego fueron suprimidos. El modelo procesal penal que se adopta definitivamente en la codificación napoleónica modificó de modo sensible aquella situación, pues el sistema ya había convertido a los jueces en funcionarios burocratizados.

La inercia de los años revolucionarios y el control que ejercía de facto el Ejecutivo sobre los jueces y, por tanto, sobre la instrucción, permitió mantener el modelo de Juez de Instrucción, a quien se encomendaba realmente la dirección de las actuaciones de investigación de los hechos delictivos, al tiempo que se le sustraía la facultad exclusiva de iniciación del procedimiento. Ello era debido precisamente a la recreación de un órgano del Antiguo Régimen, el acusador oficial, el Ministerio Público, con el cometido esencial de diferenciar estructuralmente las funciones de acusación y decisión, de modo que obviamente había de concedérsele intervención en la primera fase del procedimiento.

cultura jurídica occidental. Al menos desde su consideración como una parte del proceso, el imputado tiene derecho a su defensa, lo que se traduce en un haz de derechos instrumentales que van desde el derecho a conocer que se está siguiendo un proceso contra él, al derecho a intervenir activamente en el proceso o adoptar una actitud pasiva, según considere convenirle, o al derecho a recurrir cualquier resolución que le sea desfavorable. Frente al derecho a la acusación se reconoce un derecho de signo contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad; este derecho de defensa opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal.

La fase de investigación es característica propia del proceso penal, pues los acusadores desconocen normalmente la dinámica comisiva del delito perseguido, las circunstancias en que se produjo y las personas que participaron en el mismo; si ésta no existiera, sólo un «golpe de suerte» permitiría descubrir elementos esenciales de la actuación criminal. En efecto, con carácter general, el responsable de los hechos habrá tratado tanto de ocultar la perpetración del delito como de destruir o hacer desaparecer los elementos o efectos del mismo, y las piezas de convicción que puedan indicar o acreditar las responsabilidades penales.

Esta fase del procedimiento comprende todas las diligencias necesarias para la indagación y reconstrucción del hecho, para la identificación y sujeción del autor, así como las dirigidas a reunir e identificar los elementos probatorios, con la doble finalidad de evitar el juicio oral y de suministrar a las partes, no sólo a la acusación sino también a la defensa, los elementos necesarios para sustentar sus respectivas posiciones en el juicio.

Por lo tanto, el éxito de la persecución de los delitos descansa en la mayoría de las ocasiones en el éxito de la investigación oficial de los hechos que se persiguen.

Pero al propio tiempo, el sometimiento de una persona a una investigación penal acarrea para él unas graves consecuencias aflictivas, especialmente por el conocimiento general de esta situación de imputación, de modo que con cierta frecuencia es más grave el reproche que proviene de la imputación inicial de un sujeto, entre otras cosas por la proximidad con los hechos delictivos, que la pena que en definitiva termine imponiéndose. Por estas razones, la apertura de una investigación penal debe partir de una previa sospecha razonable sobre la realización de unos hechos concretos con apariencia delictiva, desaterrándose las pesquisas preventivas.

II. La investigación penal y las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales

Las diligencias que persiguen esclarecer la *notitia criminis* y reconstruir los hechos, identificar al autor y reunir e identificar los elementos de prueba para utilizarlos en el juicio pueden ser efectivamente de la más variada especie y condición, e inicialmente se trataría de todo aquello que fuera útil y conducente al cumplimiento de las referidas finalidades.

Ahora bien, como actividad realizada por servidores públicos y tendente al ejercicio del poder punitivo del Estado, las diligencias de esta fase del procedimiento deben sujetarse a las disposiciones legales, y practicarse, por tanto, cumpliendo estrictamente el principio de legalidad.

La regulación legal de esta fase del procedimiento penal ha de atender sin duda a la eficacia de las diligencias para el descubrimiento de los hechos y el aseguramiento del material probatorio, y por eso la ley habrá de incorporar los nuevos métodos y técnicas de investigación criminal, que contribuyen de un modo científico al descubrimiento de los hechos y proporciona un elevadísimo grado de certeza en las conclusiones a que se llegan.

Ahora bien, al propio tiempo que la ley debe regular los nuevos medios de investigación, para lograr una mayor eficacia de la misma, la incorporación de sus resultados al material del procedimiento penal ha de hacerse con una exquisita preservación de los derechos de todos los ciudadanos y, de forma muy especial, de las garantías del imputado en el procedimiento, del sujeto contra quien se dirigen las actividades de investigación, sobre todo cuando las diligencias de investigación representen una injerencia en la esfera de los derechos fundamentales.

Es cierto que la averiguación de los hechos delictivos representa una actividad que encierra un interés público digno de protección en el Estado de Derecho, porque es un elemento esencial para el castigo de los delitos. Pero también es cierto que no se puede obtener la verdad de lo sucedido «a cualquier precio», y no son admisibles cualesquiera diligencias dirigidas al descubrimiento de los hechos, pues el funcionamiento del aparato represor se legitima precisamente a través del respeto y del cumplimiento de la ley, y ésta tiene que amparar, por encima de todo, los derechos fundamentales; por tal motivo, las intromisiones en este ámbito sólo podrán realizarse con las debidas garantías.

El ordenamiento jurídico no puede autorizar el empleo de cualquier tipo de actuaciones en esta fase del procedimiento, pues sin ser los derechos fundamentales unos derechos absolutos, su salvaguarda prima

sobre otros fines legítimos, incluida la investigación penal y la sanción de los delitos con carácter general o, dicho de otro modo, para que la ley permita el uso de medios de investigación criminal o la adopción de medidas cautelares en caso de que supongan la agresión de un derecho fundamental, deberán cumplirse ciertos presupuestos.

Para legitimar las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales, sea con fines de investigación o para asegurar el curso del proceso, se requiere, en primer lugar, que existan indicios racionales de que los hechos se produjeron, es decir indicios coherentes, lógicos y precisos. Por tanto, el empleo de todos estos medios que representan un menoscabo de derechos fundamentales, y a salvo lo que se dirá respecto de la detención imputativa, sólo pueden ser utilizados cuando la investigación oficial se haya formalizado a partir de la solidez de unos concretos indicios delictivos, estando vedado su empleo en investigaciones preliminares o prospectivas que pueda realizar la Policía.

En segundo lugar, deberán cumplirse los presupuestos de la necesidad de la diligencia y de la proporcionalidad de la misma, así como la oportuna autorización y el control judicial.

La *necesidad* de una medida que afecte derechos fundamentales se refiere a su adecuación al fin concreto perseguido (investigación o aseguramiento), es decir, a su pertinencia para lograr el objetivo procesal pretendido —que haya razones para considerar que la medida es precisa para que el proceso penal pueda desenvolverse, o que con ella pueden comprobarse o descubrirse hechos o circunstancias importantes para la investigación—; pero también supone que no existan otras alternativas menos gravosas para el derecho fundamental, u otros medios de investigación que no le afecten porque, si los hubiera, se habría de optar por ellos (sentencias del Tribunal Constitucional —en adelante SSTC— 236 y 171/1999; y sentencia del Tribunal Supremo —en adelante STS— de 23 febrero 1994).

La ordenación y la práctica de estas medidas restrictivas de derechos y libertades fundamentales debe respetar siempre las exigencias del *principio de proporcionalidad*, como límite de la actuación de los poderes públicos, de modo que habrá de tomarse en consideración no sólo la pertinencia y utilidad que la medida pudiera reportar a los fines del proceso penal, sino también el sacrificio que ésta representa, a la luz de la gravedad de los hechos que se persiguen; así pues, se habrá de realizar un juicio de ponderación entre la trascendencia de la intromisión y la relevancia del delito, justificándose solamente cuando se trate de un procedimiento por *delito grave*.

Esta necesaria valoración de la proporcionalidad ha llevado a la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos a establecer en la propia

ley los criterios limitativos, sea por razón de los tipos delictivos (como en Alemania, Bélgica, Finlandia o Grecia), sea por razón de la pena (como en Austria, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Portugal)².

Para utilizar alguna de estas medidas, por imperativo constitucional, es necesario, además de que resulten necesarias y del respeto al principio de proporcionalidad, una previa *autorización judicial*, que se debe plasmar en una resolución que será siempre motivada, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante SSTEDH— de 25 marzo 1998 [caso Kopp] y de 30 julio 1998 [caso Valenzuela]; SSTC 299/2000, 236, 171, 166, 141 y 49/1999, 229 y 58/1998, 54 y 49/1996, 85/1994, 37/1989, 62/1982 ó 26/1981)³, debiendo expresar el juez las razones que le llevan a autorizarla, dado su carácter excepcional (STS de 14 junio 1993), porque precisamente la intervención de un juez asegura el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, actuando éste en uso de su cometido constitucional de garantizar los derechos del art. 117.4 de la Constitución española (en adelante, CE).

Además será necesario determinar el hecho delictivo que se investiga, sin que resulte legítimo amparar bajo una sola resolución judicial la investigación de hechos diferentes; así pues, inmediatamente que aparezca la comisión de otros delitos, deberá darse noticia al juez y sólo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado, que específicamente la autorice para los nuevos hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de *facto* se investiga la medida constituiría una injerencia no legítima y quedaría invalidado su resultado.

Naturalmente que el cumplimiento de todos los presupuestos expresados carecería de sentido y trascendencia, como garantía y protección de los derechos fundamentales, si la actuación judicial se limitara a ordenar la diligencia y desde ese momento perdiera todo control de su práctica, o pudiera olvidarse de su función de garante de los derechos. Por consiguiente se exige un *control judicial* en la ordenación, desarro-

² En España no existe criterio legal, pero el TS ha mantenido que la intervención de las comunicaciones telefónicas tan sólo se justifican para la investigación de delitos muy graves, aunque también pueden ser objeto de intervención telefónica ilícitos penales leves «con trascendencia social», como es el caso de los «delitos cometidos por funcionarios» o que afecten al «buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado» (STS de 14 junio 1993).

³ En España habrá de revestir la forma de auto, de modo que nunca puede decretarse a través de una providencia, como con rotundidad lo ha expresado en la STC 181/1995, declarando la nulidad de la diligencia de intervención de comunicaciones.

llo y cese de la medida, control que, sobre todo cuando se trata de una diligencia de investigación que se practica con desconocimiento del afectado, ha de ser riguroso en grado sumo (SSTS de 26 enero 1996, 11 y 19 diciembre, 28 marzo y 23 y 12 enero 1995, 14 junio 1993 y 18 abril 1991 y, entre otras, STC 49 y 236/1999, 49/1996).

III. La posición y el tratamiento del imputado durante el proceso penal y sus declaraciones

Nuestro actual modelo de proceso penal surge de la Revolución francesa, y hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y el respeto por la persona humana, y una de las primeras derivaciones, de acuerdo con las doctrinas de los enciclopedistas y de los iluministas, es situar al hombre en el centro del procedimiento penal, de modo que el imputado pasa a ser el protagonista del mismo en vez de seguir representando el papel de mero objeto de la investigación. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las *inquisitiones generales*, y profundizándose en el respeto de las libertades individuales frente al poder estatal de castigar.

Por esa razón no puede considerarse ya la persona del imputado como un elemento probatorio, sino como un sujeto al que se le ha de rodear de un conjunto de garantías que configuran un status procesal que parece asentado en la cultura jurídica occidental. Desde la prohibición del tormento como medio legalmente establecido para obtener la confesión del imputado, hasta la consideración de sus declaraciones como un medio de defensa y no como un medio de prueba, se ha producido una evolución digna de tener en cuenta en nuestro proceso penal.

La mera imputación le confiere al imputado una serie de derechos de defensa, que deben ser escrupulosamente respetados: el derecho a conocer que se está siguiendo una investigación que le apunta como presunto responsable y el derecho a la asistencia de abogado (art. 17.3 CE), derechos que se le deben garantizar también en las investigaciones policiales o en las que desarrolle el Ministerio Fiscal, permitiéndole intervenir en ellas, con independencia de su resultado final. Por eso, también cuando las actuaciones de la policía o las diligencias del fiscal finalizan con el archivo y no se inicie procedimiento judicial alguno, hay que darlas a conocer al imputado, pues no cabe

sustraer estas diligencias por lo menos a la garantía del control de quien las ha padecido, incluso aunque no se haya enterado con anterioridad, siempre que los presuntos delitos se hallen suficientemente concretados y aparezca determinada la persona que fue objeto de la pesquisa.

Para superar el proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical representa la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de este modo se evitan las inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato estatal, que podría llegar a ser indefinida, manteniendo viva la sospecha sobre el investigado, para en cualquier momento caer sobre él. En el proceso inquisitivo el instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba, y podía interrogar a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de él; muchas veces no se le interrogaba porque se presumiera que había cometido un hecho delictivo, sino para saber si había hecho algo.

De la imputación se debe informar inmediatamente, sin que sea legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar diligencia de investigación alguna que pretendiera corroborar *a limine* los hechos. Esta *comunicación de la imputación* consistirá en dar a conocer al imputado, de modo que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las que no permitan un cabal entendimiento de aquélla), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de las investigaciones y las posibles consecuencias del proceso penal, ilustrándole de forma suficiente para poder defenderse con eficacia, lo que comprende al propio tiempo la información acerca de todos los derechos que integran la defensa (STC 186/1990).

Este derecho a conocer la imputación forma parte del *derecho de defensa* del imputado para articular una adecuada reacción frente a la imputación, oponerse a ella y al ataque que representa. El derecho de defensa, que es un derecho fundamental inalienable cuyo titular es el imputado, se traduce en una serie de derechos instrumentales, también de rango constitucional: derecho a la asistencia de abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable (art. 24.2). Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa se concreta en las actuaciones de la persona que ve amenazada o limitada su libertad, precisamente por causa de actuaciones penales seguidas por órganos públicos en las que aparece como imputada.

Pero también el imputado tiene reconocido el derecho a la *presunción de inocencia* durante esta fase del procedimiento pues, en acertada doctrina del TC, la presunción de inocencia ha de considerarse no sólo como regla de juicio (en el momento de la decisión, condenando sólo cuando se ha logrado probar la culpabilidad del acusado) sino también como regla de tratamiento (durante el procedimiento, tratando como inocente a quien no ha sido todavía condenado). Por eso, para adoptar medidas que quebranten esta presunción es imprescindible contar con elementos suficientes, con indicios racionales claros y consistentes en la persecución de delitos graves, y deben responder a fines o exigencias del proceso.

Pues bien, esas garantías que integran el derecho de defensa han de respetarse en todo caso y de forma absoluta, de forma que cualquier atentado contra ellas invalidaría la diligencia en cuestión, privándola de toda eficacia, tanto directa como refleja.

Desterrada toda posibilidad lícita de violencia, presión o amenaza para con el imputado con la finalidad de obtener una declaración, lo cierto es que la ley debe regular las *declaraciones* que voluntariamente preste el *imputado*, recogiendo las garantías constitucionales establecidas a este propósito, que deben respetarse escrupulosamente, pues su quebrantamiento invalida la práctica de la declaración, y lo que se hubiera obtenido en ella carece de toda eficacia procesal, como prueba de valoración prohibida (SSTC 186/1990 y 135/1989).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (en adelante, LECRIM) tenía muy cercana en el tiempo la vigencia del proceso penal inquisitivo, que con ella se destierra del sistema procesal español, y esa circunstancia se manifiesta en el número, contenido y ubicación de los preceptos dedicados a las declaraciones de los imputados, que eran precisamente la base esencial del enjuiciamiento inquisitivo.

Los arts. 385 a 409 LECRIM regulan estas declaraciones estrictamente como actos o diligencias de investigación de los hechos delictivos (así, se prestan «para la averiguación de los hechos», art. 385; las preguntas «se dirigirán a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado», art. 389; se le interrogará sobre «la procedencia de objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder», art. 391), entre las que se incluye por último la «confesión» del imputado (art. 406).

Obviamente no se pueden desdeñar las declaraciones que el imputado pueda prestar en la instrucción como elementos útiles para la investigación de los hechos que se persiguen, que consigan esclarecerlos cumplidamente. Sin embargo, el cambio que supone la aceptación de un proceso penal acusatorio (o acusatorio formal, o mixto), en donde el

imputado se convierte en el protagonista del proceso, abandonando el papel de mero objeto de la investigación, inevitablemente ha de acarrear consecuencias en la consideración de sus declaraciones.

Así pues, las declaraciones que pueda prestar el imputado tienen esencialmente *naturaleza de un acto de defensa* y, como tal, han de ser consideradas. Por eso mismo, el art. 396 LECRIM previene que se le permita «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos». Ante la imputación, pues en tal concepto se le toma declaración, le asiste el derecho de defenderse, y lo podrá hacer precisamente dando su propia versión de los hechos que se investigan y explicando, si lo considera conveniente, su eventual intervención en los mismos.

Como acto de defensa, aunque las declaraciones del imputado sean manifestación de un acto de conocimiento sobre hechos, la ley debe rodearlas de especiales cautelas y garantías, que van desde la preceptiva asistencia de abogado a la cumplida información acerca de sus derechos, lo que no quita para que el imputado, precisamente ejercitando su derecho a la defensa, pueda reconocer los hechos o conformarse con los hechos y la pena pedida por la acusación.

La declaración ha de prestarse en calidad de imputado; esto significa que se le ha de hacer saber, ya desde el momento en que se le llama a declarar, que la citación se hace en esa condición, porque se le considera responsable de unos hechos delictivos, de modo que desde el principio y antes de acudir a prestar declaración quede despejada cualquier duda al respecto.

Eso no quita para que en los momentos iniciales de la investigación penal, cuando no están aún definidas las posiciones y las posibles responsabilidades, sea frecuente que el órgano encargado de la misma, en su intento por esclarecer de inmediato los hechos, pueda llamar a declarar como testigos a determinadas personas por considerar que tienen conocimiento de los hechos, sin imputarles responsabilidad alguna. Pues bien, si en esos casos se llega a advertir, a medida que avance el interrogatorio, que el declarante pudo haber tenido participación criminal en los hechos, deberá suspenderse la actuación para, una vez informado de sus derechos como imputado y asistido de su defensor, iniciar una nueva diligencia (SSTC 19 y 51/2000 y 153/1999, y SSTs de 8 marzo 1996 y 5 octubre 1994).

La declaración del imputado sólo puede prestarse a presencia de su abogado defensor, sea éste de confianza o designado de oficio. Como dispone el art. 767 LECRIM, desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, con lo que la presencia de un

abogado defensor se convierte en un requisito de validez de la declaración que preste el imputado.

Asimismo, el imputado debe ser informado, de manera que le sea comprensible, de los derechos que le asisten en su declaración: por un lado, el derecho a conocer la imputación, es decir, los hechos que se le imputan, incluso aunque se haya decretado el secreto de las actuaciones.

Por otro lado, es preciso informarle de su *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*. Desde luego que el imputado tiene derecho a declarar u optar por negarse a declarar, pero en el Derecho español, cuando el imputado decide prestar declaración, no pierde su status procesal y se asimila a los testigos, con los deberes que les son propios, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, como el norteamericano. En nuestro sistema procesal el imputado puede contestar a las preguntas que se le formulen o guardar silencio; puede contestar a unos y negarse a responder a otros; esclarecer los hechos o, en ejercicio de su derecho a la defensa, introducir dificultades en la investigación; puede responder verazmente o alterar la realidad, y el ordenamiento no sanciona la falsa declaración del imputado.

IV. El derecho a la libertad. La privación de la libertad durante el proceso

La Constitución española comienza propugnando la libertad como el primero de los valores superiores del ordenamiento jurídico español (art. 1.1), reconociéndolo como derecho fundamental de la persona (art. 17.1). Esta importancia capital de la libertad en una sociedad democrática llevó al propio legislador constituyente a atribuir a los poderes públicos el deber de promover, en primer término, las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2)⁴.

Pues bien, en el curso de un proceso penal, cuando no ha recaído todavía sentencia condenatoria firme por la comisión de hechos delictivos y, por tanto, todos se encuentran amparados por la presunción de

⁴ El término «libertad» es ciertamente multívoco, polisémico, de modo que pueden comprenderse en el concepto todo el cúmulo de atributos inherentes a la persona humana para su completa realización, entendidos según el estadio de la civilización y el modelo de sociedad en que actualmente vivimos; así puede hablarse de libertad de pensamiento, de cátedra, de información, de expresión, etc.

inocencia, pueden adoptarse medidas que limiten o priven a la persona de su derecho a la libertad; ahora bien, tal privación sólo se autoriza observando lo establecido en el precepto constitucional que lo consagra y en los casos y formas previstos en la ley (art. 17.1 CE).

La libertad ambulatoria se valora hasta el punto de establecerse constitucionalmente un mecanismo específico de protección de los ciudadanos contra su ilegal privación: el procedimiento de *habeas corpus*, para lograr la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial de toda persona detenida ilegalmente (art. 17.4 CE), sustrayéndolo de la custodia de quien le impedía el ejercicio de su derecho. Quizás sea oportuno recordar que, como manifestaba DICEY, el *habeas corpus* ha logrado en Gran Bretaña en el campo de la tutela de la libertad de los ciudadanos mucho más que hubiera podido conseguir una solemne «Declaración de derechos» como la proclamada en Francia tras la gran Revolución.

1. *La detención*

La detención preventiva supone una privación de la libertad personal de corta duración, prevista en la CE exclusivamente para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos⁵. Una vez que se haya producido ese esclarecimiento, pueden surgir motivos bastantes para *la imputación a una persona determinada de la comisión del delito por el que se procede*. En tal caso, el imputado se encuentra automáticamente sujeto al procedimiento y por esta razón se puede limitar e incluso se le puede llegar a privar de su derecho a la libertad, bien decretándose la libertad provisional, con fianza o sin ella, o bien, en supuestos excepcionales, sometiéndolo a prisión provisional.

La detención se puede adoptar como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, antes incluso de haberse incoado un proceso pe-

⁵ La privación de la libertad de movimientos de una persona puede responder a muy diferentes motivaciones; de hecho el art. 17.1 CE dispone que nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en ese artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley. Pues bien, siendo la investigación y la persecución de los hechos delictivos uno de los casos en que la propia CE autoriza la detención, ésta se puede producir también por razones no preordenadas al proceso penal, como sucede en el internamiento de incapacitados, o en el que se puede acordar por razones sanitarias, o en el internamiento de extranjeros para proceder a su expulsión (art. 56.1 LO 4/2000). Asimismo, cabe ordenar la detención en relación con un proceso penal, pero no ante los tribunales españoles, sino a requerimiento de jueces extranjeros, como sucede con la orden europea de detención y entrega o con la extradición.

nal, y consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona por un corto periodo de tiempo. Se caracteriza porque, a diferencia de otras medidas cautelares, puede ser practicada por la Policía, e incluso por cualquier persona, como reacción ante la comisión de un delito, de modo que normalmente no parte la orden de detención de la autoridad judicial, sino que su intervención suele producirse a posteriori, cuando quien practicó la detención lo pone a disposición del juez. También se caracteriza por su brevedad y su limitación temporal, pues sólo puede durar un tiempo muy corto y en todo caso limitado a setenta y dos horas; por encima de ese tiempo la detención se convierte en ilegal y esa conducta sería constitutiva de delito.

Como toda medida cautelar, debe cumplir la detención con los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, que presentan alguna particularidad digna de mención.

En lo que hace a la apariencia de buen derecho, es preciso destacar que *a la detención ha de preceder la imputación*, es decir, quien practique la detención ha de tener conocimiento de la existencia de un hecho delictivo y de la posible responsabilidad criminal de la persona a quien detiene. Lo dicho significa dos cosas: en primer lugar, que *no se puede detener para ver si ha pasado algo*, como un medio de investigación, sino que la detención sólo puede practicarse si se entiende que efectivamente ha pasado algo, pues es una medida cautelar. En segundo lugar, la detención sólo resulta procedente para *garantizar la responsabilidad penal por delito*; por consiguiente, es claro que *no se puede detener a un presunto responsable civil*, porque el sacrificio del derecho a la libertad que se impone con la detención excede con creces de su ámbito de responsabilidad, de modo que se estaría infringiendo la proporcionalidad y la instrumentalidad, entendida como vinculación con el objeto del proceso. Esta limitación implica también que *no se puede detener por simples faltas*, como previene el art. 495 LE-CRIM, porque entonces se quebrantaría también el principio de proporcionalidad, dado que la pena máxima que cabría imponer no acarrearía la privación de libertad del condenado, quien entonces se vería paradójicamente sometido, para asegurar su responsabilidad penal, a una medida más gravosa que la que al final se le pudiera llegar a exigir con la más rigurosa de las sentencias.

Además de la existencia de una imputación previa, para que la detención resulte válidamente practicada se exige que haya algún *peligro para el proceso penal* si no se adopta. En efecto, esto significa que sólo cuando se haya evidenciado la voluntad del detenido en eludir la justicia (porque se haya fugado), o cuando se actúe para impedir un delito o inmediatamente después de su comisión, o cuando quepa presu-

mir que el imputado no comparecerá a la presencia judicial cuando sea llamado, la detención es procedente. Por otro lado, también significa que si se pueden ordenar medidas menos gravosas o restrictivas de derechos, como citaciones a comparecencia o la prestación de garantías, deben preferirse a la privación de libertad que la detención supone, aunque sea de muy corta duración.

Por consiguiente, nos hallamos ante una medida que responde a una finalidad cautelar, para hacer posible tanto el enjuiciamiento penal como el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dictare, y que sólo puede decretarse cuando se den los presupuestos exigidos y respetando las oportunas garantías⁶. A este propósito el art. 17.3 CE dispone que «toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar», para garantizar a continuación «la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca», disposición que se reproduce en el art. 520.2 LECRIM.

Así pues, el primero de los derechos del detenido es el de *recibir información*. Esa información ha de proporcionarse *inmediatamente*, lo que excluye toda demora, cualquiera que sea la causa que la motive, salvo que el detenido no pudiera físicamente recibir la información en ese momento; es el primer deber de quien practica la detención, antes de realizar diligencia o actuación alguna con el detenido, incluso antes de trasladarlo a las dependencias policiales (la «lectura de derechos» en el lugar de la detención cumple con esta finalidad y su denominación viene del impreso que los policías llevan consigo y que materialmente le leen al detenido).

En segundo lugar, la información ha de transmitirse *de modo comprensible*, exigencia constitucional que no autoriza el empleo de expresiones o de fórmulas técnicas, que no le permitan al sujeto tomar conciencia del contenido de lo que debe saber.

En tercer lugar, al detenido se le ha de enterar *acerca de sus derechos*, no sólo de los que se reconocen en el art. 17.3 y 17.4 CE, sino también los que en la LECRIM se contemplan.

Por último, la información ha de versar *sobre las razones de la detención*, es decir, se ha de comunicar al detenido la imputación que previamente a la detención se había formulado contra él; esta exigencia supone evidentemente que se le ha de informar tanto de los

⁶ Por eso no se puede considerar como una detención preventiva el requerimiento policial de identificación, que puede obligar a acudir a dependencias policiales con esa sola finalidad a la persona cuya identificación se pretende (art. 20 LO 1/1992).

presuntos hechos delictivos como de la participación en ellos del detenido, porque en otro caso se le estaría hurtando la posibilidad y el derecho a defenderse. Por tanto, deben desterrarse algunas prácticas policiales y judiciales que buscaban obtener una declaración del detenido aprovechando los primeros momentos de confusión, de incertidumbre y de zozobra, ocultándole precisamente las razones de la detención; la CE impide que, incluso cuando se decreta el secreto de las actuaciones en la instrucción judicial, se reciba declaración al imputado sin darle a conocer la imputación con el detalle necesario, pues tal actuación le impediría prestar una declaración libre, conociendo sus consecuencias y sus implicaciones, y le dejaría sin saber sobre qué se tendría que defender.

En cuanto al modo de practicar la detención, la LECRIM comienza exigiendo, como garantía ante la privación de libertad, que la detención se realice «en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio» (art. 520.1.1). Dando por sentado que esta norma no se refiere a la prohibición constitucional de torturas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), sin duda el precepto procesal impide el empleo en la detención de *fuera innecesaria*, de modo que cuando el detenido no ofrezca resistencia física será ilegítimo el uso de medidas de coerción contra él. También impide un *tratamiento vejatorio* si no resultara imprescindible, de modo que, por ejemplo, el empleo de grilletes (de las que se conocen como «esposas») con el detenido no viene permitido salvo que las circunstancias de los hechos o de la persona del detenido lo hicieran conveniente (a diferencia de lo que sucede en países como USA, en que toda detención se practica esposando previamente al sujeto).

Además del plazo máximo de la detención, que opera también como una garantía para el detenido, la Ley reconoce otros derechos que guardan íntima relación con el modo de desarrollarse la medida cautelar, como el derecho a *que se ponga en conocimiento del familiar*, o de la persona que el detenido desee, el hecho mismo de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento (art. 520.2.d)⁷.

En segundo lugar, tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un *intérprete* cuando se trate de extranjero que no comprenda o no

⁷ Este derecho no se agota ni consiste en una simple comunicación inicial, sino que deberá hacerse saber a la familia los traslados a que el detenido sea sometido, con el fin de que en todo momento pueda saber el lugar en que se encuentra. Si se trata de extranjeros la comunicación de la detención y de cualquier medida cautelar adoptada contra ellos se hará al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado del extranjero (art. 58.4 LO 4/2000).

hable castellano (art. 520.2.e), derecho que funciona como una garantía de la propia detención y también como premisa para poder ejercitar el derecho de defensa.

En tercer lugar, el detenido tiene derecho a ser *reconocido por un médico*, sea el médico forense o su sustituto, sea el de la Institución en que se encuentre detenido o cualquier otro que sea funcionario público (art. 520.2.f), con la finalidad de controlar su estado físico y el trato al que se le ha sometido.

Para garantizar la regularidad de la detención la CE previó un proceso de *habeas corpus*, regulado por la LO 6/1984, de 24 mayo, a través del cual se pretende que el juez compruebe la legalidad y las condiciones de la detención.

Además de todo ello, el detenido podrá procurar a sus expensas las comodidades u ocupaciones que no sean incompatibles con el objeto de su detención y el régimen del lugar de custodia (art. 522). Podrá asimismo el detenido recibir visitas y correspondencia, y hacer uso de medios de comunicación mientras no estuviese incomunicado (arts. 523 y 524).

Junto a las garantías del detenido frente al hecho mismo de la privación de libertad y a las condiciones de la detención, el ordenamiento toma en consideración que la medida cautelar se adopta a base de una imputación de responsabilidad penal al detenido, por muy indiciaria que ésta sea. Pues bien, la adquisición del status de imputado confiere al detenido el derecho de defensa, que tiene un reflejo constitucional en el derecho a no declarar y en la asistencia de abogado (art. 17.3), que en el ordenamiento jurídico español es preceptiva e irrenunciable desde el primer momento de la detención, de modo que no puede realizarse válidamente diligencia alguna con el detenido si no es en presencia de su abogado.

Este régimen de derechos del detenido sufre una serie de *excepciones* cuando la medida se adopta por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, que se hallan habilitadas por lo dispuesto en el art. 55.2 CE. En estos casos, además de la posibilidad de prolongar la detención, puede solicitarse del juez que decrete su incomunicación (art. 520 bis.2 LECRIM). Si se accediera a ella se limitarán sus garantías frente a la detención (comodidades por cuenta propia, visitas, correspondencia, etc.), y tampoco tendrá derecho a la comunicación de su situación a un familiar o a la persona que designe; quedan a salvo sus derechos de defensa, con dos importantes restricciones: en primer lugar, el abogado será siempre designado de oficio y no tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado (art. 527 LECRIM).

2. La prisión provisional

La prisión provisional consiste en la total privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representando hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique.

En consecuencia, es claro que esta actuación sólo puede estar justificada en la medida en que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, y en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla, por lo que no debe prolongarse más allá de lo necesario (arts. 504.1 y 528 LECRIM).

La prisión provisional se sitúa desde luego en el «campo de tensión» entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber, también estatal, de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (GÖSSEL), de modo que en ella se refleja, más que en ninguna otra institución jurídica —más incluso que en la propia pena—, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento.

La prisión provisional procederá sólo cuando mediante ella pueda asegurarse el normal desarrollo del procedimiento penal (evitando que el imputado pueda entorpecer la investigación y garantizando su presencia física a lo largo de todas las actuaciones y especialmente en el juicio oral) y, además, la ejecución de la pena que eventualmente llegara a imponerse. Cualquier otro tipo de finalidad que se pretenda hacer cumplir a la prisión provisional excedería sin duda de los límites y objetivos que le son propios. Por eso el art. 502.2 LECRIM dispone que sólo se adoptará *cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas* para el derecho a la libertad a partir de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

El Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones (SSTC 127/1984, 241/1994, 128/1995, 147/2000 y 305/2000) que la prisión provisional es una medida cautelar sometida al principio de legalidad, excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (SSTC 56/1997, 14/2000, 47/2000, 207/2000 y 217/2001), que serían los de evitar la fuga del imputado e impedir que pueda obstaculizar la investigación, ocultando o destruyendo elementos probatorios; en cualquier otro caso se quebrantaría la habili-

tación constitucional para la privación de la libertad durante el proceso.

Con carácter general, para decretar la prisión provisional es necesario que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten los caracteres de *delito* castigado con *pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión* (art. 503.1.1.º LECRIM).

Esta regla general conoce tres excepciones, permitiendo adoptar la medida aunque el delito tenga señalada pena menor, pero *siempre que se trate de pena privativa de libertad*, y la prisión provisional objetivamente sea necesaria, teniendo en cuenta la repercusión en el imputado y la entidad de la pena que se pudiera imponer (art. 502.2 y 3):

- cuando el imputado tuviere *antecedentes penales* por delito doloso, no cancelados ni susceptibles de cancelación (art. 503.1.1.º), debiendo de todos modos concurrir también el presupuesto del *periculum in mora*.
- cuando se hubieran dictado al menos *dos requisitorias en los dos años anteriores* (art. 503.1.3.º a), con lo que se cumpliría el presupuesto de la legítima finalidad procesal de evitar la fuga del imputado.
- cuando se trate de delito doloso y de los antecedentes del imputado y de los datos que aporte la Policía o resulten de las actuaciones puede inferirse que viene actuando *dentro de una organización criminal* o realiza sus actividades delictivas con *habitualidad*, para evitar el riesgo de reiteración delictiva (art. 503.2)⁸.

Como elemento subjetivo del *fumus*, es necesario que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer *responsable criminalmente* del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (art. 503.1.2.º); por lo tanto, aunque pueda constar acreditado el hecho y la participación del imputado, si el delito se cometió con-

⁸ En realidad se conjuga aquí la apariencia de buen derecho para decretar la prisión provisional con otros factores que la justificarían a base de un pretendido *periculum in mora* que no siempre puede considerarse constitucionalmente fundado. En efecto, la mera existencia de antecedentes penales, aunque lo sean por delito doloso, no cumple con el presupuesto del *fumus* suficiente si la pena asignada al delito es insignificante, pues, como se dirá, la Ley autoriza a que la duración de la prisión provisional, en delitos menos graves, tenga una duración igual o superior a la pena de prisión que se imponga en la sentencia. Pero no en todo caso puede considerarse que llenan por sí mismos el presupuesto del *periculum in mora*, como luego se analiza.

curriendo una causa de justificación, la prisión provisional sería improcedente (art. 502.4)⁹.

A través del *periculum in mora* se establecen precisamente los fines que puede cumplir la prisión provisional, y representa la medida de su propia constitucionalidad. Aunque la CE no establezca con claridad estos fines, como se ha cuidado de subrayar el TC, no se puede pretender que la prisión provisional se exceda de lo que autoriza el respeto a un tiempo al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, que puede ceder en ciertos casos en favor de la eficaz persecución de los delitos.

Pues bien, desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la función de *anticipar la pena*, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar: sólo si se parte de la presunción de culpabilidad —de que el imputado sea, sin más, culpable— se puede justificar su reclusión con fines de intimidación o de ejemplo, quebrantando la presunción de inocencia en cuanto regla de tratamiento. El hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión provisional; y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida (STC 128/1995).

Tampoco es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse el encarcelamiento del imputado como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. Una idea de esta naturaleza resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia. La vía legítima para calmar la alarma social —esa especie de «sed de venganza» colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora— no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución

⁹ Estas «razonables sospechas» operan, en criterio del TEDH como condición necesaria para adoptar y mantener la medida (sentencias de 10 noviembre 1969 [caso Stögmüller]; 28 marzo 1990 [caso B. contra Austria]; 26 junio 1991 [caso Letellier]; 27 noviembre 1991 [caso Kemmache]; 12 diciembre 1991 [caso Toth]; 12 diciembre 1991 [caso Clooth]; 27 agosto 1992 [caso Tomasi], y 26 enero 1993 [caso W. contra Suiza]).

judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.

Su naturaleza de medida cautelar impide también atribuir a la prisión provisional el papel de *instrumento de la investigación penal*, de modo que el juez estuviera facultado para ordenar el ingreso o salida del establecimiento penitenciario en función de la actitud que adopte el imputado en el proceso, o de su disposición a colaborar al esclarecimiento de los hechos; sin duda alguna esa utilización de la prisión provisional, como impulsora del descubrimiento del delito, para obtener pruebas o declaraciones, ha de rechazarse de plano, pues una concepción de este tipo excede los límites constitucionales (ver STC 128/1995), y colocaría a la investigación penal así practicada en un lugar muy próximo a la tortura indagatoria. Por eso dice la Ley que no se justificaría la prisión provisional por el ejercicio del derecho de defensa o la falta de colaboración en la investigación, que pueden considerarse como constitutivos de un peligro de ocultación o destrucción de pruebas (art. 503.1.3.º b LECRIM).

Actualmente dispone la LECRIM, de acuerdo con la doctrina del TC, que la prisión provisional sólo puede ser decretada cuando se persiga alguno de los siguientes fines (art. 503.1.3.º):

- *asegurar la presencia del imputado*, conjurando un peligro de fuga (art. 503.1.3.º a), y evitando que se sitúe fuera del alcance de la justicia, eludiendo su acción (como se había dicho en las SSTC 33/1999, 14/2000 y 169/2001)¹⁰.
- evitar que el imputado *oculte, manipule o destruya las fuentes de prueba* (art. 503.1.3.º b), para lo que se atenderá a la capacidad para acceder por sí mismo o por terceros a las fuentes de prueba o para influir en otros imputados, testigos o peritos si continúa en libertad.
- evitar la *reiteración delictiva* (art. 503.2), según criterio del TC (SSTC 40/1987, 47/2000, 207/2000 y 217/2001), y del TEDH. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con este criterio porque, cuando se toma en consideración, en puridad se está partiendo

¹⁰ Como dice el art. 503.1.3.º a), el juez habrá de atender conjuntamente a los diferentes factores que puedan generar el riesgo de fuga, entre los que enuncia la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, la situación familiar, laboral y económica de éste, así como la inminencia de la celebración del juicio oral. Como elemento a valorar para considerar el peligro de fuga señala la Ley los antecedentes que resulten de las actuaciones, cuando hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.

de la presunción de culpabilidad y se pretendería hacer cumplir a la prisión provisional con un fin de prevención especial. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar esta idea —probable comisión de «otros» o «ulteriores» delitos— deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. La privación de libertad se entiende así como un remedio frente a la temida peligrosidad del imputado, si bien lo cierto es que la valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa¹¹.

El tercero de los presupuestos para la prisión provisional es que venga decretada por una resolución judicial suficiente y razonablemente motivada, en forma de auto (SSTC 231 y 71/2000, 19/1999, 14/1996 y 128/1995), pues en otro caso no sólo se afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho a la libertad personal (SSTC 206/2000, 146, 107 y 98/1997, y 158, 62 y 37/1996); es decir, que en el auto se han debido ponderar todos los extremos que justifican la adopción de esta medida, y esta ponderación o, si se quiere, esta subsunción no puede ser arbitraria, sino acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional (SSTC 47, 207 y 217/2000, 128/1995, 3/1992, 56/1987 y 41/1982). Como ahora dispone la LECRIM, el auto expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción (art. 506.1).

¹¹ En una interpretación a mi juicio exorbitada del art. 5.1.c) del CEDH, que autoriza la detención de una persona «cuando haya motivos razonables para creer en la necesidad de impedirle que cometa una infracción», el TEDH ha considerado justificada la prisión provisional cuando se considere que hay peligro de reiteración delictiva, aun cuando se trate de un fin espurio a esta medida cautelar —porque parte de la presunción de culpabilidad— (SS. 10 noviembre 1969 [caso Stögmüller]; 10 noviembre 1969 [caso Matzenetter]; 16 julio 1971 [caso Ringeisen]; 28 marzo 1990 [caso B. contra Austria], y 26 enero 1993 [caso W. contra Suiza]). No obstante, como bien apuntaba el juez Zekia en el voto particular a la sentencia del caso Matzenetter la norma es ajena a aquel supuesto y no va dirigida a la prisión provisional de personas que, por el único hecho de sus tendencias delictivas, pueden repetir o cometer una infracción, pues en otro caso habría que mantener indefinidamente en prisión a todas las personas con tendencias criminales.

V. El secreto de las comunicaciones. La intervención de comunicaciones

Uno de los medios de investigación penal más habitual y profusamente utilizado es la intervención de las comunicaciones telefónicas, cuyo secreto viene amparado por el art. 18.3 de la CE.

En el curso de una investigación penal, con el fin de averiguar y hacer constar la perpetración de infracciones punibles, puede acordarse la intervención de las comunicaciones habidas entre dos personas, cualquiera que sea el medio empleado, desvelando por lo general su contenido. En unos casos, la intervención puede dar lugar a la aprehensión del cuerpo del delito; en otros supuestos, proporcionar una pieza de convicción, que también habrá de remitirse al tribunal sentenciador (si bien en el juicio oral se puede impugnar su autenticidad o desvirtuar su contenido); también puede que la intervención no se traduzca en aprehensión del soporte de lo comunicado y se limite a encaminar la instrucción hacia la persona o los hechos oportunos; o que, por último, finalice sin resultado alguno.

Dicha intervención supone naturalmente una injerencia en el ámbito propio del derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 CE, donde se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, así como en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP).

El derecho constitucional ampara a toda persona —física o jurídica— contra todo tipo de intromisiones, por nimias que puedan parecer, en su libre comunicar con los demás; porque el secreto de las comunicaciones, objeto de tutela específica en la norma constitucional, presupone la libertad de las mismas (téngase en cuenta que las restricciones a comunicarse libremente sólo resultan lícitas en casos muy concretos, como los prevenidos en el art. 51 de la Ley General Penitenciaria para los que están cumpliendo condena). Por consiguiente, se protege la comunicación, no lo comunicado, que podrá ser legítimamente difundido por alguno de los partícipes en la relación informativa, salvo que se afecte el derecho a la intimidad (GIMENO).

El derecho al secreto de las comunicaciones tiene, además, un carácter rigurosamente formal, de donde carece de toda relevancia el contenido de la comunicación, y tanto se ha de salvaguardar en los casos en que pueda comprenderse en el ámbito de la intimidad o de la vida privada (*privacy*), como en aquéllos en que la comunicación para nada toca esta esfera (v.gr., el envío de propaganda electoral). Naturalmente que debe distinguirse con claridad los envíos que encierran una

comunicación entre dos sujetos de aquellos otros que escapan del concepto de correspondencia (v.gr., el envío de un electrodoméstico), y no estarían bajo la protección que dispensa el art. 18.3 CE (ver SSTs de 25 enero 1999 y 23 marzo 1995).

La garantía del art. 18.3 CE comprende desde luego a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, que son los tres medios más comunes en la actualidad, aunque no puede dudarse que se está ante una enumeración abierta, de modo que la norma extiende su ámbito a todas las formas existentes o que en el futuro puedan surgir cualquiera que sea el medio empleado (télex, telefax, correo electrónico, internet, etc.).

Sin embargo, el derecho al secreto de las comunicaciones, cualquiera que sea el medio utilizado, no está reconocido de un modo absoluto, sino que expresamente la propia norma constitucional prevé su limitación —dejando a salvo su suspensión en los casos del art. 55 CE—, cuando hubiere recaído una resolución judicial que permita levantarlo, desvelarlo o conocerlo, resultando entonces legítima la intromisión (en otro caso, la conducta sería constitutiva de delito: arts. 197 a 201, 535 y 536 del Código Penal, en adelante, CP).

Según el medio de comunicación utilizado, la forma en que la intervención ha de realizarse será distinta. Si se trata de comunicación postal, la diligencia consistirá en interceptarla, procediendo a su detención, apertura y examen; lo propio sucederá cuando se acuerde la intervención de comunicaciones realizadas a través de telégrafo, aunque el juez puede también limitarse a ordenar que se le faciliten copias de los telegramas transmitidos por una Oficina de Telégrafos, sin impedir que sean conocidos por el destinatario; finalmente, cuando se trata de intervenciones telefónicas, no se pretende interrumpir u obstruir esta vía de comunicación, sino fiscalizar, observar o escuchar la que tenga lugar a través del teléfono mediante aparatos o artificios técnicos de control, escucha o grabación.

En el auto en que la intervención se ordene habrá de determinarse con absoluta precisión su objeto: en primer término, la persona respecto de la cual se acuerda, que aun cuando normalmente coincida con el imputado en ocasiones puede acordarse respecto de otras personas (STS de 18 marzo 1994), siempre que directa y determinadamente estén relacionadas con los hechos delictivos (STS de 25 junio 1993).

En segundo lugar, debe fijarse con claridad el medio o medios de comunicación a los que alcanza la medida, especificando, si se tratara de intervenciones telefónicas, el número de teléfono; por lo general, se tratará de una línea telefónica propiedad del imputado, pero nada

quita que su titular sea otra persona, como en el caso de establecimientos públicos, pero entonces la intervención no puede extenderse a conversaciones ajenas al destinatario.

En tercer lugar, las modalidades de intervención, señalando si afecta a las comunicaciones que reciba o a las que realice; si es preciso, en las telefónicas, grabar la conversación o basta con anotar las llamadas y los números a los que se dirige o desde los que se comunica, etc. (art. 583).

Cabe que sea la intervención de las comunicaciones la que ponga en marcha un procedimiento penal, pero no pueden ser autorizadas previamente a la iniciación y anotación del procedimiento (SSTC 166 y 141/1999; SSTS de 25 marzo 1994 y 25 junio 1993), lo que naturalmente supone que ha de haber indicios de comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas (STS de 18 abril 1994).

La *detención de la correspondencia* consiste en la aprehensión física del soporte que se remite, bien mediante transporte del objeto a cuyo través se produce la comunicación (carta, paquete), bien mediante la transmisión por vía telegráfica de un mensaje. Con ello se impide que el envío pueda llegar a conocimiento de su destinatario, porque si éste lo tuviera en su poder habría de ordenarse la diligencia de registro de libros y papeles. El ámbito al que se extiende esta diligencia, el concepto mismo de correspondencia, puede ser discutido. En cualquier caso, debe tratarse de una comunicación, es decir, de la transmisión que un sujeto hace a otro de alguna noticia, por lo que no tienen cabida en el concepto los envíos de objetos que por sí mismos no sirven a aquellos fines (envío de mercancías, por ejemplo).

La jurisprudencia, a partir del Acuerdo gubernativo de la Sala de lo Penal del TS de 4 abril 1995, ha realizado una interpretación extensiva de la garantía protectora del secreto de la correspondencia, incluyendo todos los envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal o de entidades que presten este servicio, sean cartas o correspondencia personal, o se trate de otros envíos (paquetes), pues, argumenta, a su través se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial, que tengan una connotación personalísima o íntima, la cual no puede ser investigada si no es con la previa autorización judicial (SSTS de 26 junio 2000, 4 julio y 25 enero 1999, 1 febrero 1995, 23 diciembre, 26 septiembre, 8 julio y 22 febrero 1994 ó 25 junio 1993).

Por tanto, se considera válidamente obtenido el elemento probatorio cuando el paquete postal interceptado y abierto lleva «etiqueta verde», equivalente a la cláusula «puede abrirse de oficio/*peut être ouvert d'office*», conforme al Reglamento General de la Unión Postal Internacional, incluido en las Actas aprobadas por el XX Congreso

de la Unión Postal Universal firmadas en Washington el 14 de diciembre de 1989 (ratificados por España mediante Instrumento de 1 de junio de 1992). El envío de paquetes conteniendo objetos o mercancías, incluso cuando se remitan por correo, los llamados paquetes postales, no puede tener la consideración de una verdadera comunicación (comunicación en este caso postal), porque se trata en puridad de algo distinto de lo que pretende amparar el art. 18.3 CE, el «secreto de las comunicaciones», ya que en tal caso cualquier forma de acceso a su contenido, a pesar de las cláusulas, quedaría vetada constitucionalmente, consistiera o no en su apertura¹².

Así pues, el contenido del envío y la voluntad del remitente son los factores determinantes, de modo que si se puede apreciar con toda claridad que el paquete no contiene ningún elemento de comunicación o si se hace constar el contenido del mismo, o aparece explícita la autorización del remitente la protección del envío derivaría del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE); pero si no resulta evidente su contenido ni aparece una expresa autorización es preciso dispensarle la protección del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), ante la eventualidad de que el paquete contenga efectivamente una comunicación. Por tanto, la intervención o apertura de paquetes postales, que no son vehículo de comunicación alguna, sino de remisión de mercancías, debe considerarse sujeta al régimen de garantías del derecho a la intimidad, pero no al que protege el secreto de las comunicaciones.

La *intervención de las comunicaciones telefónicas*, reconocida en el art. 18.3 CE, merece en España un particular análisis porque, a pesar de la frecuencia con que se ordenan y de su utilidad para la investigación de los hechos delictivos, no han existido normas que con carácter general la regulen hasta la modificación del art. 579 LECRIM por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo; es claro que el legislador de 1882 desconocía este medio de comunicación y, naturalmente, no pudo regular la intervención telefónica, como lo hizo con la postal o la telegráfica. El art. 579.2 dispone ahora que «el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del

¹² Es verdad que la comunicación de pensamientos, noticias o ideas puede realizarse no sólo a través de la palabra, sea oral o escrita, sino también mediante signos u objetos. Por esta razón, resulta enormemente difícil el deslinde entre un envío cerrado, que se pretende sustraer desde luego del conocimiento general, cuando en él se contiene un acto de comunicación y viene protegido por la garantía del art. 18.3 CE, y aquellos otros envíos con los que nada se pretende comunicar. Sin embargo, es preciso aproximarse a la distinción entre ambos, ya que el art. 18.3 protege el secreto de las comunicaciones, pero no exactamente el secreto de la correspondencia, que de todos modos, como remisión de algo oculto, quedaría amparada por el derecho del art. 18.1, a la intimidad.

procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Por lo tanto, la Ley en realidad no desarrolla la medida: los supuestos en que procede; los requisitos para adoptarla válidamente; su duración y, en definitiva las garantías procesales de los afectados por ella¹³.

Pero sobre todo el problema fundamental radica en la inidoneidad de la jurisprudencia para constituir una verdadera norma jurídica que regule las condiciones para la limitación de un derecho fundamental, cubriendo las garantías normativas tanto del art. 18.3 CE como del art. 8 CEDH.

En efecto, partiendo de que el art. 8 CEDH exige la previsión de las condiciones de limitación del derecho en normas del ordenamiento interno suficientemente claras y precisas, y con las debidas garantías, la única oportunidad de supervivencia constitucional de las escuchas telefónicas en nuestro Derecho la ofrecen los esfuerzos de la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS, sobre todo a partir del conocido Auto de 18 junio 1992 (*Caso Naseiro*), esfuerzos que han sido reiterados por el TS hasta nuestros días (ver resumen de la doctrina jurisprudencial en la STS de 2 diciembre 1997). No obstante existen muy serias dificultades para cubrir las exigencias del art. 8.2 CEDH en un sistema jurídico de *statute law* como el español, sobre todo por la falta de accesibilidad y previsibilidad de la norma para los ciudadanos destinatarios, y choca con la exigencia del art. 81.1 CE, que sólo admite la Ley orgánica como medio adecuado para regular los derechos fundamentales (DE LLERA)¹⁴.

De forma mucho más rotunda, la STC 184/2003 afirma que «el art. 579 LECRIM adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comuni-

¹³ Por esta razón la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia han debido suplir las omisiones inexplicables del legislador, aun cuando la integración del régimen jurídico de la observación de las comunicaciones telefónicas plantea no pocos problemas e inconvenientes (Auto TS de 18 junio 1992 y STS de 25 junio 1993), y el TC no aporta gran cosa sobre el procedimiento y garantías de la medida, puesto que, al amparo del principio de subsidiariedad, no ha querido admitir los recursos sobre la violación del derecho al secreto de las comunicaciones al haberse interpuesto contra una mera resolución interlocutoria que lo acordó, y la jurisprudencia del TS no es uniforme.

¹⁴ En este sentido, con referencia a la legislación procesal española anterior a la reforma de 1988, la STEDH de 30 julio 1998 (caso Valenzuela) condenó a España por vulneración del art. 8.2 CEDH, al no cubrir el Derecho interno las garantías normativas del derecho al secreto de las comunicaciones. Pero también tras la modificación del art. 579 LECRIM la STEDH de 18 febrero 2003 (caso Prado Bugallo) ha considerado que se produce vulneración del art. 8 del CEDH.

caciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH. En la STC 49/1999... dijimos que (estos requisitos) se concretan en: «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad».

La medida de intervención de las comunicaciones, de cualquier tipo que sean, sólo puede resultar eficaz para la investigación de hechos delictivos si efectivamente se da un total *desconocimiento* de la detención de su correspondencia postal o telegráfica, de la remisión a la autoridad judicial de copias de sus telegramas, o de la intervención del teléfono desde el que comunica o de aquél a donde llama, por parte de los dos comunicantes o, al menos, de uno de ellos. Es obvio que el interesado dejaría de utilizar el medio de comunicación que viniera empleando, o el teléfono objeto de observación, desde el mismo momento en que tenga noticia de la intervención, si efectivamente ésta le pudiera inculpar en un proceso penal.

Pero una medida que supone la intromisión (ciertamente legítima) en la esfera propia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no puede durar indefinidamente, y mucho menos sin que el afectado sepa que se está produciendo una limitación del mismo, vigiándole secretamente; eso nos llevaría a un Estado-policía, intolerable en un sistema democrático incluso para salvaguardar las instituciones (STEDH de 6 septiembre 1978 [caso Klass y otros]). El legislador ordinario ha de establecer pues un *plazo máximo* durante el que quepa mantener la intervención, fijado en el artículo 579.3, que permite al juez acordar «en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos».

Esta regulación es enormemente defectuosa, porque omite, como se ha dicho, toda regulación del procedimiento que ha de seguirse. Pero, además, tampoco arbitra claras soluciones ante la aparente contradicción que se advierte entre la situación procesal de imputado y parte en el procedimiento, que tiene acceso a todas las actuaciones y puede intervenir en ellas, por un lado y, por otro lado, el inevitable des-

conocimiento de la medida de intervención decretada contra la persona cuyas comunicaciones se ordena observar.

En cualquier caso las prórrogas han de estar sometidas a un estricto control judicial, sin que se ajuste a la CE acordar la prórroga de la intervención a través de una mera providencia o una resolución estereotipada, sin la suficiente motivación (STC 181/1995). Por lo demás, una prolongación de la intervención telefónica que se convirtiera en excesiva, no sometida a límite temporal alguno, a través de prórrogas sucesivas, la convertiría en desproporcionada e ilegal (STEDH de 24 agosto 1998 [caso Lambert]; SSTC 299/2000 y 236/1999; SSTS de 3 abril 1998, 12 enero 1995 y 9 mayo 1994).

En todo caso, debe plantearse la legitimidad constitucional de la intervención de comunicaciones cuando interfiere con otros derechos fundamentales, ya que puede provocar su desconocimiento o, más de rechamente, su vulneración. De modo muy especial se ha planteado la interferencia del ejercicio efectivo del derecho de defensa en el proceso penal con la facultad judicial de autorizar la intervención de las comunicaciones entre defensor y defendido, porque para hacer efectiva la defensa lo primero que ha de hacer el abogado es conocer en toda su extensión los hechos tal y como los conoce y los vivió su defendido, y desde este punto de vista las comunicaciones y las entrevistas con el abogado representan un elemento nuclear de su función, y resulta asimismo esencial para preparar con su defendido la estrategia defensiva que vayan a seguir en el procedimiento.

Por ello, el secreto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente es la piedra angular del derecho de defensa, que se vería traicionado si se intervienen o se descubre el contenido de las confidencias expresadas en esa especial relación, en la que, a diferencia del resto de las comunicaciones que pueda mantener del imputado, representa la confidencia el elemento esencial para el ejercicio de un derecho fundamental, porque es el factor que permite en puridad defenderse por medio de la asistencia de un abogado.

La confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su defendido, con independencia de su contenido, y aunque pudiera servir a finalidades diferentes de las puramente defensivas, debe respetarse por encima de todo, incluso frente a la eventualidad del abuso (STEDH de 25 marzo 1992, caso Campbell c. Reino Unido, ap. 52), lo que impide todo control sobre las mismas, pues el mero hecho de la intervención afecta al secreto de estas comunicaciones, que se vincula directamente con el derecho de defensa.

Unos meses antes, la STEDH de 2 noviembre 1991, caso s. c. Suiza, ap. 48, había sostenido que «el derecho, para el acusado, de

comunicarse con su abogado fuera del alcance del oído de un tercero, figura entre las exigencias elementales de un proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiera entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y no pudiera recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad, cuando el fin del Convenio consiste en proteger derechos concretos y efectivos (véase Sentencia Artico de 13 de mayo de 1980, serie A núm. 37, pg. 16, ap. 33)».

No cabe duda de que el derecho de defensa guarda una estrecha relación con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (que son instrumentales de aquél, STC 142/2009, de 15 junio), y desde esta perspectiva la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes es básica para garantizar la efectividad real del derecho a no reconocer voluntariamente la culpabilidad, porque se estaría vulnerando el derecho de defensa así como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable si se pudieran intervenir esas comunicaciones logrando a través de ellas datos, informaciones o noticias perjudiciales para el imputado y en contra de su voluntad, aprovechando la aparente relación de confianza con su abogado.

Por eso no está regulada la intervención de las comunicaciones orales directas habidas entre el defensor y el defendido, como no lo están, además, con carácter general. Tal medida abriría una brecha de vigilancia pública indiscriminada, que sería insoportable para la ciudadanía, porque se cuela en el núcleo más estricto de la intimidad personal. La STEDH de 12 mayo 2000 (caso Khan c. Reino Unido, ap. 26) declara que para no infringir el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada) la grabación de comunicaciones por medio de aparatos de escucha instalados en un domicilio precisa no sólo de una norma con rango de ley, sino que ésta «debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas».

Cuando el imputado se encuentra privado de libertad, preservar el secreto de la comunicación con su abogado resulta más relevante si cabe. Por eso una de las más claras manifestaciones del derecho a la asistencia de abogado es la entrevista reservada, como derecho expresamente reconocido al detenido en el artículo 520.6.c) de la LECRIM, y la principal crítica que merece esta medida es que sólo pueda realizarse una vez finalizada la diligencia en que el abogado hubiera intervenido.

Junto con la situación de privación de libertad de corta duración, el problema se agrava cuando se trate de imputados sometidos a prisión provisional, que deben comunicarse con su letrado en los lugares habi-

litados para ello por la Administración Penitenciaria (ver el Auto del TSJ Madrid de 25 marzo 2010, que anuló las intervenciones de las comunicaciones habidas entre presos preventivos y sus abogados en el llamado caso Gürtel). La Ley orgánica General Penitenciaria permite que se intervengan las comunicaciones de los reclusos con sus abogados, pero sólo cuando concurren dos presupuestos acumulativos, como ya había sostenido de modo terminante el Tribunal Constitucional desde la sentencia 183/1994, de 20 junio: que se trate de delitos de terrorismo y que medie una autorización judicial (art. 51.2 LOGP), compendiando la STS 737/2009, de 6 julio, los requisitos que debe cumplir la resolución judicial (ver asimismo la STC 58/1998, de 16 marzo).

Claro es que la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado vienen amparadas por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) tanto orales como por escrito; ello exige, en el caso de tratarse de las que mantenga este profesional con su cliente imputado en un proceso penal, que se hallen especialmente protegidas. En la STEDH de 21 enero 2010 (caso Da Silveira c. Francia), en relación con los registros en los despachos de abogados se señala que si bien se puede prever la posibilidad de registros domiciliarios en ellos, «deben imperativamente estar rodeados de “garantías especiales de procedimiento” (ver, especialmente, Niemietz § 37, Roemen y Schmidt § 69 y André § 42)».

VI. La inviolabilidad del domicilio. La diligencia de entrada y registro

Con la finalidad de descubrir las circunstancias del delito, proceder a la detención de una persona o conseguir instrumentos o efectos del delito, puede resultar conveniente entrar en un lugar cerrado, es decir, en un recinto aislado que la voluntad de su titular ha querido preservar del conocimiento general, para proceder al registro en el interior del local.

Precisamente por esta circunstancia, cuando el titular del lugar donde se pretende entrar o que se quiere registrar consiente en que se realice la diligencia y autoriza la entrada y registro, los órganos de la investigación, incluso la policía o el Ministerio Fiscal, podrán practicarla de propia autoridad, sin necesidad de una previa resolución judicial. Tampoco es precisa la autorización judicial cuando la entrada se produzca como consecuencia de la persecución de un delincuente sorprendido *in fraganti*, y el perseguido se hubiera refugiado en algún lugar cerrado o en casos de excepcional y urgente necesidad (art. 553 LECRIM).

Cuando la prohibición de acceso que tiene impuesta el ciudadano no se levanta, ni se legitima por la persecución o la urgencia la entrada y registro, es preciso diferenciar según el tipo de lugar en que se pretende realizar la entrada.

El art. 18.2 CE atribuye a un concreto lugar, al domicilio, una especial protección, y lo tutela como derecho fundamental garantizando su inviolabilidad; por lo tanto, prohíbe el acceso al domicilio contra la voluntad de su titular salvo en caso de flagrante delito o cuando lo autorice una resolución judicial.

El resto de los lugares cerrados podrán estar amparados por el respeto del derecho a la intimidad, por lo que, si bien no se hallan bajo la protección de la inviolabilidad como el domicilio, no se puede quebrantar la voluntad del titular sin las oportunas cautelas y garantías. La entrada ilícita en un domicilio, en una oficina o en un establecimiento contra la voluntad de su titular es un acto constitutivo de delito (arts. 202 a 204 y 534 CP).

Los arts. 545 a 578 LECRIM regulan estas dos diligencias, subordinada la segunda a la primera, pues para efectuar el registro dentro de un lugar cerrado previamente es preciso entrar en él.

Cuando no se haya obtenido el consentimiento del titular ni se trate de la persecución de un delito flagrante, será necesaria una resolución judicial en forma de *auto* en donde se ordene la entrada y registro (arts. 558, 564.II y 566.I), que deberá determinar con toda precisión el *lugar* de que se trate y *la persona o cosa que se busca*. Por eso el art. 567 previene que desde que se acuerde la diligencia se adopten las medidas de vigilancia necesarias para que no desaparezca lo que haya de ser objeto del registro, lo que significa que estas cosas han de estar determinadas de antemano, de forma que no se puede entrar a registrar para ver qué se encuentra, sino sólo porque se tengan noticias de que se va a encontrar una persona o una cosa concreta.

Este *auto* deberá *precisar los indicios* de que el imputado se encuentra en el lugar, o de que allí se pueden encontrar los instrumentos o efectos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para el descubrimiento o comprobación del delito (art. 546), *motivación* que no debe hacerse por simple remisión a la solicitud policial, sino expresar los concretos extremos de la comunicación de la Policía que conducen a la orden judicial de que se practique la diligencia.

La diligencia de entrada y registro sólo puede acordarse dentro de un *proceso penal abierto*, y en ningún caso puede ser autorizada en el marco de diligencias policiales y en Derecho español es requisito indispensable la *presencia del secretario judicial*, que ha sido considerada esencial para la regularidad de la diligencia por la jurisprudencia del TS

y, como ahora ordena el art. 569.IV, «el registro se practicará siempre en presencia del secretario».

Cuando se haya de entrar en edificios o lugares públicos oficiales se habrá de oficiar a la autoridad o jefe de los que dependan para que la autorice y, si no contesta, se notificará el auto al encargado del lugar (art. 564), pudiéndose entonces proceder a la entrada y registro.

Si la entrada y registro hubiera de hacerse en edificios, locales o establecimientos abiertos al público podrá entrarse en ellos sin necesidad de autorización judicial en las horas de apertura, pero fuera de ellas y para registrar oficinas o instalaciones cerradas al acceso público se requerirá el auto del Juzgado de instrucción y su *notificación* a la persona que se halle al frente del establecimiento (art. 565).

Cuando se acuerde la entrada y registro en un lugar cerrado de propiedad y acceso particulares, se trate o no del domicilio del interesado, será necesario también notificarle previamente la resolución judicial (art. 566).

Si la entrada y registro debe realizarse en un domicilio se hará de día por regla general, y sólo puede practicarse de noche cuando la urgencia del caso lo requiera (art. 550); si no se da esa circunstancia, que habría de expresar el auto por el que se ordene la diligencia (art. 558), se habrá de suspender la diligencia una vez que expire el día, cerrando y sellando el local o los muebles en que hubiere de continuarse, previniendo a los que se encuentren en el lugar que no violenten las cerraduras ni levanten los sellos, salvo que el interesado permita que se siga con la diligencia (art. 570). Cuando la entrada y registro hubiera de hacerse en otro lugar, que no sea un domicilio, se realizará cuando el juez lo ordene, sin restricción horaria alguna, sea de día o de noche (art. 546).

En la diligencia deberá estar presente el interesado o la persona que le represente; si no se encuentra ni quiere concurrir o nombrar representante se practicará la diligencia a presencia de una persona de su familia mayor de edad y, si no lo hubiere, a presencia de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Pretende con ello la Ley garantizar y controlar la regularidad de la diligencia, de modo que el interesado pueda realizar las observaciones que considere oportunas durante su práctica. Por esta razón, cuando el interesado se encuentra a disposición del tribunal, como en los casos de detención, la jurisprudencia considera que debe presenciar la diligencia (SSTS de 27 octubre y 19 junio 1999, 9 mayo 1995 y 14 noviembre 1992).

La forma en que la entrada y registro se practique dependerá de las concretas circunstancias de cada caso, de la situación del lugar, del potencial peligro que cupiera esperarse del interior del lugar, de

las dificultades del acceso, de la necesidad de utilizar instrumentos o explosivos para franquear la entrada, etc. Señala con carácter general la Ley que se habrán de recoger los instrumentos y efectos del delito, y se podrán recoger también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubieren encontrado, si esto fuese necesario para el resultado de la instrucción (art. 574), estando todos obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa (art. 375).

Asimismo ordena la Ley que se eviten las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y que se adopten todas las precauciones precisas para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesasen a la instrucción (art. 552).

VII. El derecho a la integridad física. Las intervenciones corporales

En el curso de un proceso penal, y como medio de investigación de los hechos delictivos, pueden utilizarse las intervenciones corporales, que consisten en una injerencia física en el cuerpo de una persona, para extraer de él sustancias o elementos sobre los que realizar los oportunos análisis; por lo tanto, las intervenciones trascienden del examen externo del sujeto, que era constitutivo de una simple inspección corporal.

Esta medida, debido a los avances en las técnicas de investigación y muy particularmente respecto de algunos elementos o marcadores corporales, puede resultar de una gran utilidad para la instrucción penal, por el elevadísimo grado de fiabilidad que los resultados de los análisis arrojan.

De todos modos, las intervenciones corporales quedan condicionadas siempre a la previa autorización judicial, sin que pueda realizarla de propia autoridad la Policía ni ordenarla el Ministerio Fiscal en la investigación penal. Puesto que la intromisión física en el cuerpo humano afecta decididamente al derecho a la integridad física, como diligencia de investigación queda reservada a la autorización judicial, y sólo con la garantía de un auto motivado cabrá realizar válidamente.

No cabe duda de que la intervención corporal es una medida de investigación de hechos delictivos que deberá ser autorizada por el juez, dentro de un proceso penal en curso. Pero además la resolución judicial deberá respetar los principios de necesidad y proporcionalidad: así pues, en primer lugar, solamente se puede ordenar una intervención corporal si se tienen indicios ciertos de que se va a obtener un resultado favorable; en segundo lugar, si no existe otro medio de investiga-

ción menos agresivo al derecho fundamental afectado, por su carácter excepcional, y, en tercer lugar, si se está investigando un delito grave, pues la ponderación de los bienes en posible conflicto —la protección del derecho fundamental y la persecución de un delito— no autorizaría la intervención en caso de una infracción de bagatela.

Las intervenciones corporales pueden ser de diferente intensidad, según el grado de afectación de la integridad física del sujeto, pues no es lo mismo obtener saliva, extraer un cabello o cortar una parte de una uña, o incluso unas gotas de sangre, que practicar una punción lumbar o realizar otras pruebas más agresivas.

Estas diligencias, que estaban absolutamente huérfanas de regulación en el Derecho español, han encontrado finalmente una regulación, aunque de todo punto insuficiente (ha sucedido algo parecido a la norma de las intervenciones telefónicas), a través de la reforma operada en la LECRIM en 2003 (Ley orgánica 15/2003). En la actualidad se ha añadido un párrafo tercero al art. 363 LECRIM, autorizando al juez de instrucción, siempre que concurren razones que lo justifiquen, para ordenar por medio de resolución motivada la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, incluidos los actos de intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Como puede comprobarse, la regulación no establece los supuestos (remitiendo al principio de proporcionalidad) en que puede decretarse, ni el tipo de muestras que pueden obtenerse, ni las garantías que deben adoptarse, pues a este propósito el párrafo tercero del art. 326 dispone que, cuando hubiera huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento de los hechos, el juez ordenará las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad.

VIII. La entrada del material de la investigación en el juicio y la sentencia

Es indudable que las fuentes de investigación adquiridas durante la primera fase del procedimiento son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral, de tal manera que el mismo elemento, dato o información puede pasar por las dos fases del proceso penal con un sentido diferente: primero como fuente de investigación y luego como fuente de prueba. Se trata con ella de dejar constancia de la existencia de un he-

cho, acto, negocio o relación jurídica, y del modo en que existió, para su utilización futura; por tanto, no se origina de manera casual, sino que responde a la intención de quien la obtiene o la procura de perpetuar la información contenida en la fuente de prueba.

Evidentemente que este elemento puede estar disponible para el juicio oral, en cuyo caso será propuesto o aportado en ese momento (el testigo que, habiendo declarado en la investigación, es llamado al juicio). Pero puede resultar indisponible en ese momento procesal, porque por su propia naturaleza es actividad propia de la fase de investigación (la droga se intervino en el registro domiciliario, y no cabe instar el registro durante el juicio), o bien porque previsible (el testigo en peligro de muerte) o imprevisiblemente (el testigo que fallece en un accidente) la fuente no se pueda aportar, en cuyo caso debe plantearse el problema de hacer entrar al juicio oral una fuente de prueba que se ha obtenido sin cumplir cuando menos con los principios de inmediación y concentración.

Cuando la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba para el momento del juicio oral es *previsible*, habrá que extremar los requisitos de la preconstitución probatoria. De esta manera, la fuente de prueba se obtiene y se conserva con las garantías propias, en la forma y en el fondo, del juicio oral, y la información relevante que contiene o que se desprende de ella puede utilizarse en el futuro despejando cualquier duda sobre el procedimiento de formación, de adquisición y sobre su contenido. Cuando se advierte inicialmente que será imposible o muy difícil disponer de la fuente de prueba originaria en el acto del juicio (a este concepto suele referirse la doctrina y la jurisprudencia con los términos «irrepetibilidad» o «fugacidad») es imprescindible cumplir con todas las garantías en el mismo momento de su obtención en atención a las circunstancias, pues si no se hace así no podrá alcanzar nunca valor probatorio, ni directo (positivo o negativo) ni indiciario.

Por el contrario, cuando la *falta de disponibilidad* de la fuente de prueba en el juicio oral es *sobrevenida* o *resultaba imprevisible*, su utilización se debe medir sólo en aplicación de las garantías que legalmente se establecen en el momento en que se obtiene y, si éstas se han cumplido, habrá que ponderar si también se han aplicado las sucesivas garantías. En función de estos elementos, cuando la fuente de prueba ha resultado inopinadamente indisponible es posible que asuma valor indiciario, aunque sea de las que proporcionan información directa, y excepcionalmente podrán adquirir valor probatorio.

El problema fundamental reside en que esa utilización, cuando se hace como prueba de cargo, afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, con todo lo que este derecho comporta. Por

tanto, será necesario ante todo salvaguardar los derechos del acusado, sin despreñar la defensa de los bienes jurídicos que se ventilan en el proceso penal; de ahí que la solución no puede pasar por una prohibición general de utilizar las diligencias de investigación, sino de hacerlo sólo en ciertos casos y respetando una serie de garantías, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral.

Así, en primer lugar, cuando una fuente de prueba se ha obtenido con la garantía de contradicción simultánea y a presencia judicial, si luego resultara indisponible para el juicio oral, dicha fuente puede ser tomada directamente de la investigación y alcanzaría valor probatorio. Lo mismo puede decirse cuando falte la presencia judicial, por haberse practicado en la instrucción preliminar, pero hubiera sido posible instar el control del juez sobre lo actuado, aunque no se hubiera hecho.

En segundo lugar, cuando fuera previsible que la fuente no iba a estar directamente disponible para el juicio oral, y a la vez resultaba posible producir la fuente de prueba conforme a la contradicción simultánea, debió actuarse en este sentido sin excusa alguna, incluso con la presencia judicial. Si no se hizo así, la fuente no podrá ser utilizada como prueba en el juicio oral, y si se aporta debe ser ignorada. De esta manera, se trata de estimular la diligencia de las partes en orden a asegurar la utilización de sus elementos de prueba.

En tercer lugar, el incumplimiento de las normas legales para la obtención de la fuente de prueba y para su incorporación al proceso, su custodia, aseguramiento y conservación, debe producir el mismo resultado: la fuente de prueba no será utilizable.

En cuarto lugar, cuando la fuente esté disponible para el juicio oral deberá ser llevada a él a través del oportuno medio de prueba, que se practicará con contradicción, intermediación, oralidad y publicidad.

1. *Garantías en la obtención de la fuente de prueba*

La primera de las garantías es la intervención judicial, de manera que las actuaciones de investigación puedan someterse al control judicial y con contradicción. Es evidente que, de acuerdo con la naturaleza de la fuente de prueba, la intervención judicial y la contradicción sólo pueden tener lugar a posteriori (el hallazgo policial de un herido grave por arma de fuego abandonado en la vía pública) pero inmediatamente que lo conozca el juez debe intervenir, e inmediatamente que se determine el imputado podrá contradecir las fuentes de prueba recogidas en el lugar de los hechos.

En segundo lugar, es preciso cumplir las formalidades legalmente exigidas para cada acto de investigación, garantizando así la pureza de la incorporación y preconstitución probatoria, para permitir la disponibilidad directa de la fuente en el juicio oral, en condiciones idóneas para que pueda desarrollarse el debate procesal sobre ella (por ejemplo, utilizando el soporte más fidedigno en la obtención de la prueba y en la conservación de la misma).

2. *Garantías en la conservación. La «cadena de custodia»*

La Ley ordena que se aseguren y conserven las llamadas pruebas materiales: el cuerpo del delito, sus instrumentos y efectos y las piezas de convicción, así como lo que se obtenga de una diligencia de registro o de una intervención de comunicaciones, con la finalidad de que el objeto, sustancia, huella, vestigio, etc. permanezca disponible e inalterado en su estado original, y que sea llevado así al juicio oral¹⁵.

Ahora bien, la fuente de prueba no siempre podrá quedar bajo la custodia judicial inmediata o mediata (pueden conservarse a disposición del juez, o en almacenes o dependencias administrativas o de otro tipo), pero en todo caso será frecuente que pase de unas manos a otras, sea para realizar pericias técnicas o científicas (vid. arts. 337 o 577 LECRIM), sea por cambio en el lugar o en las circunstancias de conservación o por otros motivos.

En tales casos debe garantizarse la corrección de la llamada «cadena de custodia», que tiene por objeto establecer que la fuente de prueba no ha sido contaminada en ningún momento, en previsión de los análisis que puedan ser decretados y del examen y discusión sobre ella; con la «cadena de custodia» se pretende evitar que la fuente de prueba sea alterada por cualquier motivo, o que se cometa un error en la identificación de los objetos, sustancias, documentos, o cualquier otro elemento relacionado, directa o indirectamente, con el hecho que se desea probar, y que la que se presenta en el juicio es la misma que la encontrada o producida durante la instrucción.

La cadena de custodia implica una descripción del objeto, de su estado original, del lugar donde se encontró, la identificación de quienes lo han tenido en su poder, las operaciones que se han realizado con él, etc. Igualmente habrá que determinar con precisión los lugares en que

¹⁵ Eso no quita para que la Ley en ocasiones permita u ordene la destrucción de lo hallado, pero advirtiéndole que se conserven muestras suficientes, y que la destrucción debe hacerse previa audiencia de las partes (art. 338 LECRIM).

ha estado depositado o custodiado y la persona o institución bajo cuya responsabilidad se ha encontrado, etc.

3. *Garantías en la aportación al juicio*

Es evidente que cuando no se disponga de la fuente de prueba en el acto del juicio, el contacto directo del juez con ella no es posible, de modo que su percepción será en todo caso indirecta, a través de la lectura del acta donde quedó reflejada (o de la visión o audición del soporte de video o audio correspondiente), lo que implica una intermediación sin duda atenuada, pero suficiente en cuanto logre transmitir la esencia de la información, dato o elemento probatorio. Sin embargo, faltarán siempre elementos esenciales para la valoración judicial, sobre todo en pruebas personales, como es la apreciación sobre la credibilidad del declarante, que sólo parcialmente pueden ser corregidos (mediante la grabación en video, v.gr.)

Para incorporar al juicio oral la fuente de prueba que la parte pretende utilizar y no se encuentra a su disposición se utilizan tres vías: la lectura de su documentación en la fase de investigación (art. 730 LECRIM) cuando se incorpora a un acta o consta o consiste en un documento, y la apreciación directa por el juzgador cuando se trata de cosas u objetos (cuerpo del delito, instrumentos o efectos del mismo y piezas de convicción), o el visionado o audición del soporte donde haya quedado constancia de la fuente de prueba en la instrucción.

Cuando la fuente sumarial se incorpora al juicio oral no basta la simple lectura, de acuerdo con el art. 730 LECRIM, que facilita el contacto del juez con la fuente de prueba, sino que a la lectura le ha de seguir la posibilidad del debate procesal y de la contradicción, superando algunas prácticas forenses en que el precepto legal se cumplía dando «por reproducido» el documento sin siquiera tomarse la molestia de leerlo. Lo propio hay que señalar de la apreciación directa, visionado o audición, que exigen la apertura de un específico momento en el juicio para que las partes puedan debatir y contradecir su contenido, pero también su adquisición y conservación. Se trata de, en realidad, un medio probatorio, un mecanismo para introducir en el juicio oral una fuente de prueba tal y como se registró en su momento, al ser imposible traerla al juicio oral. Y, como todo medio de prueba, su destino es propiciar el debate ante el juez de la decisión, con los límites y contenidos que sean propios del caso.

Esta incorporación de la actividad de investigación al juicio oral sólo puede hacerse a instancia de parte, de modo que el juzgador debiera

tener vedado el acceso a las fuentes de prueba recogidas durante el anterior momento procesal.

IX. La valoración de la prueba y la prueba ilícita

En nuestro proceso penal, rompiendo con el viejo modelo inquisitivo de interminables reglas de valoración probatoria que vinculaban al juez en el momento de dictar sentencia, rige el sistema de libre valoración de la prueba, de modo que, como dice la Ley, «el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicada en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia» (art. 741.I LECRIM).

El principio de libre valoración, de valoración en conciencia o de íntima convicción, supone desde luego atenerse a la prueba, pero también atender a las reglas de la lógica y de la razón en el juicio valorativo judicial. Así pues, el juzgador no puede llegar a un juicio de culpabilidad fundándose en cualquier elemento incriminatorio, con independencia de su fiabilidad, según las reglas de la lógica y la razón. Como una interpretación de este tipo podía desembocar en la arbitrariedad, el TC y el TS pusieron coto a la práctica forense de entender que el juez estaba limitado solamente por su conciencia, sin necesidad de justificar su decisión (empezando por la STC 31/1981, basándose en las exigencias del derecho a la presunción de inocencia). En definitiva, cualquiera que sea la convicción del Tribunal, si las pruebas no acreditan el hecho delictivo y la participación del acusado o existen dudas al respecto, se impone una sentencia absolutoria porque, para que sea posible la condena, no basta con la probabilidad de que el imputado sea el autor, ni con la convicción moral de que así ha sido (STS de 9 septiembre 1992).

Por tanto, como dice el TS, la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de datos acreditativos o reveladores, que hayan sido posible concentrar en el proceso, sin perjuicio de la limitada depuración que se permite por la vía del art. 849.2 LECRIM (STS de 29 enero 1988), de modo que la apreciación de las pruebas por el tribunal, el juicio de hecho de la sentencia, puede ser discutido en casación (SSTS de 2 septiembre 1990 y 16 enero 1990).

En el momento de la valoración debe el juzgador excluir la prueba ilícitamente obtenida, pues en virtud de reglas elementales de exclu-

sión (*exclusionary rules*) no puede utilizarse válidamente en el proceso penal un medio probatorio que se haya formado contraviniendo la ley; no se puede lograr la verdad a cualquier precio, tampoco para lograr la sanción de los delitos, y desde luego los poderes públicos no pueden aprovechar una fuente de prueba que no se ha obtenido cumpliendo la ley.

Ahora bien, como fácilmente puede comprenderse, las infracciones legales pueden ser de muy variado alcance e intensidad, de modo que los diversos grados de ilicitud deben determinar al propio tiempo las consecuencias que producen sobre el medio de prueba.

1. *La prueba prohibida*

El art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) dispone que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Este precepto tuvo como antecedente inmediato la doctrina de la STC 114/1984, que consideró que la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales vulnera el art. 24.2 CE y, por tanto, tiene repercusión constitucional.

Por tanto, si la infracción afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no cabe duda de que carece de todo valor y eficacia, debiendo ser excluido del proceso el medio de prueba. Así, si un imputado ha prestado declaración bajo tortura es evidente que esa declaración inculpatória no puede servir para condenarle; o si una intervención de comunicaciones se ha realizado sin la autorización judicial no podrá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar una sentencia de condena¹⁶.

Pero además de esta consecuencia directa, la prueba que viola un derecho fundamental tiene una eficacia refleja o indirecta en el conjunto de la prueba penal, pues sus efectos se comunican a las fuentes probatorias que de ella se hubiera obtenido, según la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos llamada de «los frutos del árbol envenenado» (*the fruit of the poisonous tree*). De este modo, por haberse obtenido indirectamente violentando derechos o libertades fun-

¹⁶ Esta relación o vinculación de la prueba prohibida con la presunción de inocencia es obvia, porque sólo se puede condenar con prueba lícita de cargo suficiente, pero debe hacerse notar que el art. 11.1 LOPJ no se refiere exclusivamente a la posición de la parte pasiva del proceso, sino que establece una regla general, aplicable tanto a la prueba de la que pretenda hacer uso la acusación como la defensa.

damentales (art. 11.1 LOPJ) quedan afectadas o contaminadas de la obtención de la prueba principal o anterior todo lo que de ella deriva, es decir, las pruebas que se hubieran practicado sólo como consecuencia de la prueba prohibida y, de no ser por ella, no se hubieran llegado a aportar (de la declaración obtenida mediante tortura se conoce la existencia y el lugar donde se encuentran los instrumentos del delito; la intervención de una comunicación sin autorización judicial permite la aprehensión de un alijo de droga).

El TC en algunas resoluciones ha refrendado esta teoría refleja (SSTC 49/1996, 86/1995 y 85/1994), señalando que «toda prueba de una prueba prohibida es nula». No obstante, argumentando con base en la conexión de antijuridicidad, la jurisprudencia ordinaria y la constitucional se inclinan recientemente por modular esta eficacia refleja, que invalidaría toda la prueba derivada de la prohibida, en un ejercicio de prudencia más que discutible, de modo que la contaminación excluyente de la prueba obtenida indirectamente con vulneración de derechos fundamentales sería sólo la que deriva del hecho antijurídico que permitió la obtención ilícita de la prueba.

Si no se adopta una posición rigurosa de protección de los derechos fundamentales, y no se impide la valoración de la prueba indirectamente lograda de un medio prohibido, es evidente que esa violación constitucional se terminará convalidando en el proceso por otras vías, como a través de la declaración de los funcionarios que intervinieron en la prueba directamente afectada por la violación.

2. *La prueba ilícita*

Cuando la fuente de prueba se ha obtenido con infracción de la ley procesal, sin que resulte afectado el contenido esencial de un derecho fundamental, no son de aplicación los efectos del art. 11.1 LOPJ y, por tanto, debe valorarse la trascendencia de la infracción. Se trataría sin duda de pruebas ilícitamente obtenidas, pero que la sanción por la vulneración de la ley no tendría que ser irremisiblemente la exclusión del proceso.

Parece obvio que cuando la obtención de la fuente prueba es irregular, al tratarse de una infracción de la legalidad ordinaria, se produce su ineficacia, pero no impide la utilización de otros medios indirectos o incluso subsanar el defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario.

Así pues, una prueba irregularmente obtenida por haber prescindido de las garantías del proceso o por haber generado indefen-

sión, puede ser absolutamente nula, de forma radical e insubsanable (art. 238.3.º LOPJ), o sólo resultar afectada de nulidad relativa en los demás casos.

Cuando la práctica de una diligencia de investigación, que puede convertirse en fuente de prueba, está viciada de nulidad por infracción de las garantías procesales previstas para ello, la prueba no puede utilizarse, porque la Ley exige que en su realización se hayan respetado todos los requisitos que garantizan su correcta obtención (la STC 221/1997, considera que el registro practicado sin el secretario judicial, si bien no integra un supuesto de prueba prohibida, puesto que tal ausencia no vulnera derecho constitucional alguno, para ser admitida como prueba preconstituida es esencial la presencia del secretario, pues solamente su intervención podrá dotar a los resultados en ella obtenidos de dicho carácter de prueba preconstituida, por la condición de titular de la fe pública judicial).

Esta nulidad por ilicitud en la obtención de la prueba no va acompañada del efecto reflejo que se asocia a la prueba que implica violación de derechos fundamentales (SSTS de 16 diciembre 1997 y 7 julio 1995), porque, como se dice en la STS de 12 julio 1996, «quizás sean parecidos y análogos los efectos, mas desde luego, en el caso de infracción constitucional, las consecuencias son más amplias, más rígidas, más insolubles». Sin embargo, aun cuando el efecto reflejo no tenga el mismo alcance que la nulidad del art. 11.1 LOPJ, no quiere decir que la nulidad no se propague a los actos posteriores causalmente conectados con el la diligencia nula (por ejemplo, si el registro fue nulo, por ausencia del secretario, y no se pudo constatar por otro medio lo encontrado en el lugar, también será nula la eficacia probatoria del informe dactiloscópico). En efecto, como dispone el art. 243.1 LOPJ, la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

Intervenciones judiciales en materia de comunicaciones telefónicas e internet

Pedro Crespo Barquero

Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

I. ¿Nuevas tecnologías vs. sistema de garantías?

La aceleración incremental del desarrollo tecnológico, particularmente en el ámbito de las comunicaciones y el tratamiento y la transferencia de datos en soportes intangibles, bastaría por sí solo para desafiar con ventaja a la casi siempre lenta maquinaria del Derecho. Pero a ese desfase general se añade la peculiaridad del sistema procesal español, que hoy por hoy representa uno de los residuos más significativo de la carpetovetónica consigna según la cual *Spain is different*. Para comprobarlo basta asomarse a la vigente (¡!) Ley de Enjuiciamiento Criminal, concebida y nacida en el seno de una sociedad con más de la mitad de la población analfabeta, agrícola y subdesarrollada, a la que el ministro Manuel Alonso Martínez pretendió dotar, desde su perspectiva liberal fusionista, de un marco de garantías pionero para su tiempo.

Es verdad que posteriores reformas legales, siempre fruto de la urgente necesidad social y en general tributarias de la consiguiente precipitación, han ido tratando de adecuar —casi siempre para peor— aquellos textos a una evolución espectacular en todos los ámbitos, incluido el tecnológico. Pero en el concreto terreno que nos toca pisar en las páginas que siguen (el de la traumática intersección entre el proceso judicial y la tecnología de las comunicaciones) el abismo abierto por el tiempo y la inopia político-jurídica del Legislador es de tal magnitud que, como veremos, no queda Jurisdicción competente, estatal o internacional, que no haya descalificado como manifiestamente insuficiente e inidóneo en orden a la tutela efectiva de los derechos fundamentales nuestro extravagante régimen legal de garantías relativas a la intervención y el control judicial de las comunicaciones.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-9830-377-3, núm. 7/2010, Bilbao, págs. 55-103

Naturalmente no es posible abordar aquí en su plenitud el problema, y mucho menos ofrecer un diseño nítido de su razonable solución. La aproximación a las innumerables cuestiones que plantea en este terreno el modelo procesal que heredamos de nuestros tatarabuelos exige cierta resignación, y desde luego modestia en el análisis y en los objetivos. A ambas limitaciones, de campo y de finalidad, se sujetará el presente trabajo, en el intento, además, de no reeditar la enésima recapitulación de los presupuestos, requisitos, efectos y límites de las diligencias judiciales de interceptación telefónica o del acceso a las comunicaciones por internet¹. Las páginas que siguen —pese a la generalidad del título²— buscan un ángulo de visión diferente. En ellas se abordarán tan sólo, con alcance más prospectivo que dogmático, y al paso del debate actual, algunas dudas en torno a la compleja relación entre nuestro proceso penal y el artículo 18.3 de la Constitución (derecho al secreto de las comunicaciones).

II. La tutela del derecho al secreto de las comunicaciones en el proceso penal: la imaginación (judicial) al poder

Como se ha anticipado, transcurridos treinta y un años desde la entrada en vigor de una Constitución que proclama que España es un Estado democrático de Derecho en el que rige el principio de legalidad y reconoce el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones³, todos los máximos órganos nacionales y europeos encargados de asegurar el respeto a las libertades y a las garantías esenciales que los ciudadanos vienen afirmando invariablemente que nuestra legislación

¹ Una utilísima recopilación jurisprudencial puede hallarse en el trabajo del Fiscal del Tribunal Supremo Javier HUETE NOGUERAS: *Últimas cuestiones sobre la intervención de las comunicaciones*. Estudios del Ministerio Fiscal, 2007.

² La razón es que éste —el título— venía dado por el contexto en el que se encuadra este trabajo (las Jornadas Penales en memoria del Magistrado José María Lidón). La simultánea y agradecible invitación, por parte de los organizadores, a tratar problemas actuales, constituye una espléndida excusa para tratar de eludir el planteamiento clásico del tema.

³ Artículo 18 CE.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

positiva no sirve para tutelar la efectiva protección del ese derecho. Paradójicamente, esta circunstancia ha determinado que en esta materia, como en ninguna otra, nuestro sistema procesal penal pivote en torno al eje de la intervención judicial, que, como veremos, se ha convertido en la esencia misma del problema y de su solución, en un meritorio logro y, al mismo tiempo, en una grave anomalía *del y en* ordenamiento jurídico español. Para comprobar esto, aun tratando de huir de la clásica y ornamental *introducción histórica*, resulta imprescindible la revisión de algunos precedentes.

El punto de partida obligado es la célebre Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) **Valenzuela Contreras c. España**⁴ y ⁵, que aplica el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)⁶.

El TEDH se enfrentaba a una intervención telefónica autorizada por un Juez español en 1984, sin más herramientas que el artículo 18.3 de la Constitución y una interpretación voluntariosa del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que entonces ni siquiera mencionaba las intervenciones telefónicas, dado que cuando se redactó la norma⁷ habían transcurrido sólo seis años desde que Alexander Graham Bell patentara, el 14 de febrero de 1876, el teléfono.

⁴ STEDH de 30 de julio de 1998 (Valenzuela Contreras c. España) [EDJ 1998/12797].

⁵ El todavía persistente desdén de buena parte de los juristas españoles hacia la jurisprudencia supranacional, y por tanto la baja cotización de estos textos como producto editorial, se refleja claramente en la relativa dificultad para encontrar su versión en castellano. Conviene advertir, por tanto, que todas las citas de sentencias del TEDH contenidas en este trabajo están directamente traducidas (por el autor que suscribe) del francés o del inglés

⁶ Art. 8 CEDH: Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁷ El texto para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la original de la norma, vigente entonces, era el siguiente:

Art. 579 LECrim.:

Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

La sentencia sienta la premisa de que *«la interceptación de las comunicaciones telefónicas constituye una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia»* que *«desconoce el artículo 8.2 [CEHD] salvo si, estando «prevista por la ley», persigue uno o varios fines legítimos respecto del párrafo 2 y, además, es «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzarlo»*. Y aclara —aquí es donde el Derecho español comienza a agitarse— que la expresión *«prevista por la ley (...) no se limita a reenviar al derecho interno, sino que concierne también a la calidad de la «ley»; (...) implicando así que el derecho interno debe ofrecer cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público a los derechos garantizados por el párrafo 1 [del art. 8 CEDH] (...) De esta exigencia deriva la necesidad de accesibilidad de la ley para la persona afectada»*. Accesibilidad o previsibilidad que, citando la también fundamental **Sentencia Malone**⁸, la Corte identifica con la exigencia de que *la ley use «términos lo bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita al poder público tomar semejantes medidas»*. Porque, como ya había dicho en las sentencias **Kruslin**⁹ y **Huvig**¹⁰: *«La existencia de reglas claras y detalladas en esta materia resulta indispensable, máxime cuando los procedimientos técnicos no dejan de perfeccionarse»*.

A partir de esas líneas maestras, el TEDH entra a fijar el canon de **calidad de la ley**, enumerando las *«salvaguardias mínimas (...) que deben figurar»* en ella, ya listadas en las sentencias **Kruslin** y **Huvig**: *«la definición de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escucha judicial; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello; la fijación de un límite en la duración de la ejecución de la medida; las condiciones de elaboración de las transcripciones de las conversaciones interceptadas; las precauciones que hay que adoptar para comunicar (intactas y completas) las grabaciones realizadas, a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse al borrado o la destrucción de las cintas, particularmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad»*.

Ése es, pues, el cuerpo de doctrina que, con sólo leer el texto del artículo 579 LECrim vigente al tiempo de los hechos¹¹, permitía augu-

⁸ STEDH de 26 de abril de 1985 (Malone c. Reino Unido) [EDJ 1985/6980].

⁹ STEDH de 24 de abril de 1990 (Kruslin c. Francia) [EDJ 1990/12360].

¹⁰ STDH de 24 de abril de 1990 (Huvig c. Francia) [EDJ 1990/12361].

¹¹ Ver nota 7.

rar, sin grandes dotes de adivinación, el desenlace: «*el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad en el momento de los hechos el alcance y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades*». España fue condenada.

Pero el Tribunal de Estrasburgo ofrecía un peculiar paliativo para el golpe, reconociéndose (§ 58) «*consciente de los esfuerzos desplegados por el legislador y el poder judicial a fin de introducir, en la legislación y la práctica españolas, las garantías exigidas por la Convención en la materia: la decisión (auto) del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (...) constituye el mejor ejemplo de ello*», y mencionando asimismo la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo de 1988 «*que ha introducido la noción de escuchas telefónicas en el artículo 579 del Código de procedimiento penal*».

Ese ATS de 18 de junio de 1992 (*caso Naseiro*)¹² que la Sentencia *Valenzuela* convertía en referente de toda esa tendencia a la mejoría, había establecido efectivamente por primera vez una relación sistematizada de requisitos, procedimientos y garantías para la intervención de las comunicaciones telefónicas y la incorporación de su resultado al proceso, todo ello a la luz del artículo 18.3 CE y del art. 579 LECrim., y con cita reiterada, también, de la propia jurisprudencia europea anterior.

Y la L.O. 4/1988, de 28 de mayo, cuyo objeto fundamental era introducir determinadas especialidades en orden a la persecución penal del terrorismo¹³, había reformado la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando al art. 579 la siguiente redacción, que contiene hoy vigente:

¹² Para quien por edad o cualquier otra razón no lo recuerde, el caso «Naseiro» fue uno de los primeros grandes escándalos de presunta corrupción política que trascendieron a la escena judicial. Detectado por casualidad en el curso de una investigación sobre narcotráfico, la infracción de las garantías con que se habían llevado a cabo una serie de intervenciones telefónicas dio al traste con el procedimiento, en medio de un gran ruido mediático.

¹³ El avance observado por el Tribunal de Estrasburgo se producía, pues, en virtud de una norma concebida para un fin específico al hilo de una concreta necesidad política. Esa ha sido una tónica —lamentablemente— invariable a lo largo del período democrático: el Legislador jamás se ha ocupado, hasta ahora, de elaborar un modelo procesal penal garantista propio de un Estado de Derecho. Los cambios han sido siempre parciales y las más de las veces apremiantemente urgidos por el vértigo del caos. Desde la normativa ad hoc para hacer frente a la terrible ofensiva terrorista de la primera mitad de los 80, hasta las prisas por regular la prisión provisional cuando empezaron a entrar en la cárcel gentes que antes no solían hacerlo (reforma del artículo 504 bis 2 LECrim), pasando por la introducción del procedimiento abreviado para cubrir el agujero negro que abrió el Tribunal Constitucional en el verano de 1988 al anular el sistema inquisitivo de enjuiciamiento (por el juez instructor) de los procedimientos menos graves, o, más tarde, la regulación de los juicios rápidos para esquivar el colapso definitivo de un siste-

Art. 579 LECrim:

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el núm. 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

De manera que aparte de la confusa dualidad de los términos *intervención* y *observación*¹⁴, la reforma sólo introdujo cuatro requisitos legales para la intervención: 1) que sea autorizada por resolución judi-

ma insosteniblemente obsoleto. El famoso «parcheo» demuestra la insólita dejadez —o la interesada inhibición, si hay que pensar mal— con que los sucesivos gobiernos, de uno y otro signo, han contemplado la perspectiva de un proceso penal ágil, garantista y eficaz.

¹⁴ Ya desde el propio Auto de 1992 tal distinción demostró su inutilidad: el Tribunal Supremo, desde aquella misma resolución, suele emplear ambas expresiones («intervención/observación») de modo indistinto o prácticamente como sinónimas, aunque a veces parece dar a entender una relación instrumental, de manera que el término intervenir se identificaría con el hecho mismo de interferir o captar la comunicación, mientras que la observación haría referencia al acceso a su contenido (por todas, STS 20-1-2004 —Pte: Granados Pérez—, [EDJ 2004/8320]). Algunos autores, sin embargo, manejando quizá la idea de que el Legislador se ha limitado a mimetizar una terminología que en realidad sólo tiene sentido para los envíos postales, entiende que intervenir implica interrumpir la comunicación, y por eso para las comunicaciones telefónicas utiliza sólo el término observaciones. (MORENO CATENA, Víctor, y otros. *Derecho Procesal Penal*, 3.ª edición. Ed. Colex., Madrid, 1999, p. 443)

cial motivada (previa, con la excepción del último apartado); 2) que sea útil para comprobar hechos o circunstancias importantes; 3) que únicamente afecte a personas respecto de las que existan indicios de responsabilidad criminal; y 4) que su duración no exceda de tres meses, prorrogables (indefinidamente) por períodos iguales.

Es obvio que esa lista no resiste el cotejo (como confirmaría más tarde el propio TEDH) con la enumeración taxativa que nos endosaba *Valenzuela*, pero es verdad también que, aunque de manera confesadamente desordenada y reiterativa (FJ 1), y todavía desde la óptica del derecho a la intimidad¹⁵, el Auto *Naseiro* reunió las piezas fundamentales del armazón que acabaría consolidándose como doctrina *complementadora* de aquella *raquítica*¹⁶ norma, mediante la definición (y el desarrollo en exigencias concretas) de las notas de *judicialidad*, *excepcionalidad* y *proporcionalidad* de la medida, así como de los requerimientos relativos al efectivo y real control judicial de su ejecución y la incorporación de su resultado al proceso¹⁷.

Mientras tanto, recordando sin duda que la Constitución en su artículo 81 exige Ley Orgánica para el «desarrollo» de los derechos fundamentales, y en cualquier caso advierte en su artículo 53.1 que «*sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio*» de tales derechos, el Tribunal Constitucional insistía en llamar la atención del Legislador sobre la necesidad de una regulación legal específica y completa de esta materia. Lo hizo, por ejemplo, y de manera muy severa, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, donde llegaba a afirmar que «...*ha de subrayarse*

¹⁵ Es decir, sin captar aún con plenitud la naturaleza autónoma del derecho al secreto de las comunicaciones que, en cambio, el Tribunal Constitucional sí venía perfilando desde su primera sentencia relevante en la materia, la STC 114/1984, en la cual ya apuntaba que la garantía del artículo 18.3 CE «no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»

¹⁶ Ése es el adjetivo que ha hecho fortuna en la Jurisprudencia, para describir el estado normativo de la cuestión. Por todas, SSTS de 6 de julio de 2009 (Pte. Jiménez García) [EDJ 2009/171694] y 5 noviembre 2009 (Pte. Valera Castro) [EDJ 2009/265703]

¹⁷ En su FJ 11, el Auto realiza una enumeración de vulneraciones detectadas en el caso, que prácticamente constituyen la imagen en negativo de los requisitos exigibles para la adopción de la medida conforme a Derecho: 1) No exteriorización de indicios; 2) Ausencia de control judicial de la intervención; 3) Periodicidad del control; 4) Disociación entre autorización e investigación; 5) Entrega de copias, no de originales; 6) Inexistencia de constatación de la proporcionalidad; y 7) Determinación de la medida y sus límites («...precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo gravamen para la persona afectada, evitando, en la medida de lo posible, la ingerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a intervención»)

que estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 C.E.. autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental.» Aunque también hay que decir que, al tiempo de lanzar tan grave reproche al Poder Legislativo, el máximo intérprete de la Constitución se sumaba al esfuerzo de delimitar el marco jurídico de la intervención de las comunicaciones, incidiendo sobre todo en la necesidad de distinguir la protección del derecho al secreto de las mismas (art. 18.3 CE), instrumentada a través de la autorización judicial de la medida y el control por parte de la propia autoridad judicial de su ejecución, de las posteriores actuaciones conducentes a incorporar el resultado de las escuchas al proceso, que ya no entran en el ámbito de aquel derecho fundamental sustantivo, sino en el del derecho al proceso con todas las garantías, afectando eventualmente a la presunción de inocencia (artículo 24 CE)¹⁸.

Todo esto, sin embargo, no evitó —como se ha dicho— que el caso *Valenzuela* se saldara con la condena a España, subrayando el TEDH que tales «logros» eran posteriores al hecho enjuiciado, y que (§ 59) «*algunas de las condiciones que derivan de la Convención, necesarias para asegurar la «previsibilidad» de la ley y garantizar por consiguiente el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas ni en el artículo 18.3 de la Constitución*» ni, por supuesto, en las normas procesales que había citado el juez en el año 1984¹⁹.

Pero el mensaje acerca de los esfuerzos de nuestra todavía joven democracia generó cierta dinámica de confianza en las posibilidades del sistema español. Navegando por el ancho cauce de la acepción anglosajona del término *law*²⁰, aquella decisión parecía dar un singular juego a la función *complementadora* de la Jurisprudencia y de la doc-

¹⁸ P. ej., SSTC 121/1998, de 15 de junio, la misma 49/1999 citada, 166/1999 de 27 de septiembre, 202/2001 de 15 de octubre; 236/1999, de 20 de diciembre; 126/2000, de 16 de mayo; 14/2001, de 29 de enero; 202/2001, de 15 de octubre, 82/2002 de 18 de septiembre; o STC 167/2002 (Pleno), de 18 de septiembre, y un larguísimo etcétera.

¹⁹ Especialmente echaba de menos «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escucha judicial; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello; la fijación de un límite en la duración de la ejecución de la medida; las condiciones de elaboración de las transcripciones de las conversaciones interceptadas; y la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas».

²⁰ DE PRADA, en un comentario a esta STEDH, definía esa noción de *law*, a los efectos que nos interesan, como «todos los actos que tengan fuerza de ley según el derecho público interno y que sean jurídicamente obligatorios tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos» (DE PRADA SOLAESA, Ricardo: *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España*. Revista Jueces para la Democracia, n.º 34, marzo 1999).

trina del Tribunal Constitucional²¹, lo que llevó a algunos a preguntarse con razón «*si haciendo uso de estas denominadas sentencias interpretativas o manipulativas puede llegarse a afirmar que existe una norma con suficiente «calidad» en el sentido que exige el TEDH*»²².

La dificultad estaba, en efecto, en determinar si la integración jurisprudencial de las *raqúiticas* normas legales podía cubrir la distancia nos separaba de Estrasburgo. La propia Fiscalía General del Estado se aplicó a la tarea de ordenar la materia para tratar de «*exponer sistemáticamente los principios que hay que respetar para que la intervención de la comunicación no se vea anulada y pueda ser utilizada como prueba en el juicio oral, así como la actuación a desarrollar por el Ministerio Fiscal en su labor de garante del cumplimiento de esos principios*»²³. Aunque sin la unanimidad de la doctrina²⁴, la definición de la pauta de conducta judicial se erigía así en la clave del sistema.

Hasta que el gozo nacido del guiño de la Sentencia *Valenzuela* pareció ahogarse en el pozo del caso *Prado Bugallo*²⁵, en el que el Tribunal europeo afirmó directamente que las garantías introducidas por la L.O. 4/1988 de 25 de mayo de 1988 (ya vigente al tiempo de los hechos) «*no responden a todas las condiciones exigidas por la Jurisprudencia del Tribunal*»²⁶. Añadiendo, además, tras citar de nuevo

²¹ Artículo 1 Cc.: (...) 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

²² DE PRADA, cit.

²³ Circular 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

²⁴ Especialmente interesante, y quizá no políticamente correcto, pero sí —valga la expresión— constitucionalmente valiente es el Voto Particular del magistrado Cruz Villalón a la STC 49/1999. El entonces presidente del Tribunal Constitucional decía: «no comparto la idea de una especie de vulneración calificada de «autónoma e independiente de cualquier otra» del derecho fundamental determinada por las carencias en la calidad de la ley que, sin embargo, pueden ser, por así decir, posteriormente «neutralizadas» por medio de una actuación judicial particularmente respetuosa del derecho fundamental en cuestión (fundamento jurídico 5.º). Desde luego, no es ese el modo de operar del T.E.D.H. en los casos Huvig, Krušlin y Valenzuela, donde la sola constatación de estas carencias lleva a apreciar una transgresión del art. 8 C.E.D.H. Por lo que hace a nuestro ordenamiento constitucional, no creo que podamos decir que se ha vulnerado el derecho fundamental por la deficiencia de la ley y, sin embargo, afirmar que la lesión puede ser contrarrestada por el juez, pues las carencias de previsibilidad no son susceptibles de una subsanación *ex post facto*».

²⁵ STEDH de 18 de febrero de 2003 (Prado Bugallo c. España) [EDJ 2003/2420].

²⁶ Concretamente, «(...) respecto de la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y las condiciones de elaboración de las transcripciones de las conversaciones interceptadas (...), [y] las precauciones que deben tomarse para comunicar intactas y

el ATS de 18 de junio de 1992 (...), y al Tribunal Constitucional, que «**incluso suponiendo que** [esa jurisprudencia] **pueda colmar las lagunas de la ley en sentido formal**», ésta —igual que en el caso *Valenzuela*— era posterior a los referidos hechos, y por tanto no podía ser tenida en cuenta (§ 33).

Esta decisión llevó a parte de la doctrina a estimar que la Sentencia *Prado Bugallo* constituía «*un nuevo varapalo a la legislación española que regula las escuchas telefónicas [que] no ha causado sorpresa ni ha pillado a nadie desprevenido salvo, en todo caso, al legislador español*»²⁷, pero lo cierto es que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional perseveraron en su línea *dual*: constatar la insuficiencia legal y al mismo tiempo perfilar por vía jurisprudencial las condiciones necesarias para salvarla. De hecho, cuando el Tribunal Constitucional plantó cara por fin, en la Sentencia 184/2003 (*caso Ollero*)²⁸, al problema del déficit normativo, lo hizo con sorprendentes consecuencias. O, mejor dicho, *no consecuencias*. Porque tras reconocer una vez más «...*la existencia de una situación que no se ajusta a las exigencias de previsibilidad y certeza en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que reconoce el art. 18.3 CE*», descartó la posibilidad de una *autocuestión* de inconstitucionalidad, argumentando (FJ 7) que ese mecanismo «...*está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de las que se avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia, deficiencias que pueden predicarse del art. 579 LECrim (...)*». Declarar la «*nullidad de un precepto que no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de decir*» —razona el TC— no sólo sería inútil, porque no serviría para resolver el problema, sino que en realidad «*agravaría el defecto mismo —la falta de certeza y seguridad jurídicas— al producir un vacío mayor*». E incluso fue más allá, negando también la posibilidad de una *sentencia interpretativa* que «*no podría resolver en abstracto más de lo que de manera concreta [el propio Tribunal] haya ido estableciendo*». Con lo que la única solución es «*la intervención del legislador (...)* *necesaria*

completas las grabaciones realizadas, a los fines de un control eventual por el juez y por la defensa» (§ 31)

²⁷ CATALÁ I BAS, Alexandre H. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Prado Bugallo c. España de 19 de febrero de 2003*. Tirant on line, TOL238.431. www.tirantonline.com

²⁸ STC (Pleno) 184/2003, de 23 de octubre, (Pte: Casas Baamonde) [EDJ 2003/108862].

ria para producir una regulación ajustada a las exigencias de la Constitución».

Es posible que semejante razonamiento sea formalmente irreprochable en cuanto se refiere al alcance de la *autocuestión* (no tanto, quizá, en lo que hace a la prevención de un *vacío normativo*, puesto que es obvio que ese mismo efecto se produce siempre que el Tribunal declara inconstitucional una norma, y no por ello ha de dejar de hacerlo). Pero la verdad es que esa especie de distinción entre inconstitucionalidad *por acción* y *por omisión*, y sobre todo la *excusatio non petita* sobre la posibilidad de una sentencia interpretativa, deja tal vez, en términos deportivos, el regusto de un *regate*. De hecho, la misma Sentencia entra acto seguido en la reiteración del elenco de requisitos exigibles para hacer *bien* una intervención telefónica, lo que, si no permite calificar esta STC 184/2003 como *sentencia interpretativa*, (ésta y todas las que «complementan» el art. 579 LECrim.) se le parece bastante. Es decir, que el TC parece *sostenella* y *no enmendalla* frente al (aparente) mensaje de *Prado Bugallo*: que la *calidad de la ley* —complementación jurisprudencial incluida— seguía sin dar la talla²⁹. De hecho, no han faltado autores que se han planteado la cuestión desde la interesante óptica de la (¿des?)vinculación de los Tribunales nacionales, incluidos como es natural el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, respecto de la doctrina jurisprudencial del TEDH³⁰.

²⁹ Es extremadamente interesante, en cuanto se refiere a esa especie de deriva conservacionista o inhibida del Tribunal Constitucional, el agudo análisis crítico que realiza el ya citado Magistrado emérito Pedro Cruz Villalón en su artículo *El Estado del Tribunal Constitucional*. Claves de Razón Práctica, nº 191. Abril, 2009. pág. 4. En relación precisamente con la cuestión de las sentencias interpretativas, el autor cuestiona la generalización de esa técnica como artificio dirigido a salvar la constitucionalidad de la ley, y llega a afirmar que «para muchos, lo único que parece importar es que la ley se haya salvado formalmente, mucho menos el que su sistema se haya evaporado, literalmente. Pero para la parte de la opinión pública, que piensa que el Tribunal Constitucional tiene sentido en un sistema constitucional de los caracteres del nuestro, estas resoluciones deben resultar preocupantes (...) Cuando un tribunal adopta un discurso tan arriesgado, dicho sea con todo respeto, el daño causado es difícil de calcular. Porque de este modo son los propios tribunales los que ponen en juego la razón última de su existencia».

³⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, pp. 435-470. Cuestión apasionante que, por cierto, no ha hecho más que empezar, puesto que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en enero de 2010 incluye el compromiso de adhesión de la Unión Europea a la Convención de Derechos Humanos, lo que añade un recoveco más al laberinto, puesto que a partir de esa firma el Tribunal de Luxemburgo vendrá obligado a aplicar dicha Convención... ¿de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH?

Pero volvería a ocurrir lo inesperado, sorprendiendo seguramente a los *no sorprendidos*. La resolución de inadmisión dictada por la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el día 25 de septiembre de 2006 en el caso *Abdulkadir Coban c. España*³¹, cerró —o dejó definitivamente abierta, según se mire— la cuestión de la *calidad de la ley* española, dando el aprobado en tercera convocatoria a nuestro sistema de garantías.

La resolución recuerda —como advertimos en su momento— que el TEDH «*siempre ha entendido, en el ámbito del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención, el término «ley» en su acepción «material» y no «formal»*», y reitera las deficiencias de la Sentencia *Prado Bugallo* a la ley de 1988 «*por otra parte, puestas de manifiesto por las jurisdicciones superiores españolas*». Pero observa —aquí empieza la novedad— que «*en este caso, la intervención de las comunicaciones telefónicas fue autorizada (...) mucho después de la modificación legislativa*», la cual «*ha sido, por otra parte, completada poco a poco por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (...) definiendo las garantías que han de ser aplicadas*». Por lo que la Corte se aplica a «*verificar si esta última (la jurisprudencia) puede estimarse consolidada y bien establecida en el momento en que fueron realizadas las escuchas*» (toma como referente la STC 49/1999 y cita las SSTC 184/2003 y 26/2006, y en virtud de ese *test de consolidación* «*constata que, si bien la ley de 1988 ha aportado innegables progresos, sus insuficiencias han sido paliadas por la Jurisprudencia (...) del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional*». De manera que «*aunque sea deseable una modificación legislativa que incorpore a la ley los principios extraídos de la Jurisprudencia del Tribunal [Europeo] (...) el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal modificado por L.O. 4/1988 de 25 de mayo de 1988 y completado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, establece reglas claras y detalladas y precisa, a priori, con suficiente claridad la extensión de las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado*».

De modo que así es como, a través de este auto de inadmisión³² la Corte revisa, no su doctrina anterior, sino la realidad jurídica española

³¹ Decisión del TEDH sobre admisión de 25 de septiembre de 2006, *Coban c. España* (expte. 17060/02), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=espagne%20%7C%20coban&sessionId=47649620&skin=hudoc-fr>

³² Argelia QUERALT critica que «el TEDH haya llevado a cabo este cambio de parecer jurídico en una decisión de inadmisibilidad, y no en una sentencia de Sala desestima-

y llega a la conclusión de que la **calidad de la ley** de nuestro país ya está a la altura europea.

Ocurre sin embargo que, del mismo modo que sucedió con la sentencia *Valenzuela*, el diagnóstico del TEDH no debería despertar una sensación de euforia. Porque con independencia de que la respuesta a la pregunta que —*vid. supra*— se hacía DE PRADA acerca de las *sentencias manipulativas*, no deberíamos perder de vista la tesis del *mínimo común denominador*, es decir, el «entendimiento de que el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH)»³³.

A lo largo de casi veinte años (desde 1992) la Jurisprudencia española ha conseguido que nuestro país deje de ser condenado —de momento— por vulnerar el artículo 8 CEDH en materia de escuchas telefónicas. Pero eso no quiere decir que los artículos 18.3, 81 y 53 de la Constitución no sigan vigentes... ni estén siendo cumplidos, como de manera reiterada recuerda la jurisprudencia que los interpreta y los complementa, dando paradójicamente por sentado que la propia situación legal está vulnerando un derecho fundamental de los ciudadanos.

En conclusión, y como anunciábamos al comienzo, mientras tal situación no cambie, el eje absoluto de la protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones es la *intervención judicial*, en una doble faceta: en cada supuesto en que se plantea el conflicto, en el que la salvaguardia del derecho en cuestión depende de que el Juez cumpla adecuadamente su función de garantía y control; pero también en la perspectiva global, en la que, en defecto del cumplimiento de los preceptos constitucionales citados, la actividad judicial (la Jurisprudencia) viene a *integrar* en este terreno el propio sistema de garantías.

toria en la que se hubiera puesto de manifiesto expresamente el inicio de una nueva línea jurisprudencial en esta materia. El TEDH antepone en ocasiones sus problemas estructurales, esto es la acumulación de demandas, a la calidad y claridad de su jurisprudencia, circunstancia que no escapa a las críticas de algunos sectores doctrinales» (cit., pág. 458-459). Es obvio que lleva razón.

³³ Por todas, STC 235/2007 de 7 de noviembre, FJ 5. Sin embargo, ver también GARCÍA ROCA, Javier: *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, 2007, p. 117.

El artículo 53 CEDH dice que «ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.»

Habrà quien pueda considerar que el recorrido que se acaba de detallar retrata un gran logro de nuestra Justicia Penal y nuestro Tribunal Constitucional. Pero visto con cierta objetividad, puede que más bien constituya una gravísima anomalía de un Estado de Derecho cuya Constitución aprobada en referéndum por los ciudadanos garantiza (art. 9.2) los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas y, como colofón de todos ellos, seguridad jurídica. Que los supuestos, los requisitos y las garantías de fondo, forma y procedimiento en que puede tener lugar la restricción de un derecho fundamental del que son titulares esos mismos ciudadanos no pueda conocerse a través de la ley, sino que exija la lectura atenta —no siempre fácil— de una buena serie de sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del TEDH, puede que se ajuste al canon de *calidad de la ley del mínimo común* de los derechos europeos. Pero es dudoso que se amolde con igual holgura a las exigencias de nuestro propio ordenamiento jurídico, a juzgar por los términos empleados por el propio Tribunal Constitucional (STC 49/1999, *cit. supra*).

Con todo, la dimensión forzosamente hipertrófica de la Jurisprudencia en este ámbito, como consecuencia de la abstención —aparentemente *sine die*— del Legislador, no debe conducir, por reacción, a desdeñar la naturaleza imprescindible de su papel *normal* en la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Aun cuando la legislación respondiera a las exigencias constitucionales, el cumplimiento de la maldición que hicieron explícita las SSTEDH *Kruslin* y *Huvig*, al advertir que *los procedimientos técnicos no dejan de perfeccionarse*, basta para allegar tarea de sobra a los Tribunales.

En la segunda parte de este trabajo se va a intentar, precisamente, diseccionar el último gran ejemplo de la dificultad de ese quehacer, y de las inseguridades, interferencias y complicaciones que comporta.

III. SITEL o la ceremonia de la confusión

En efecto, el hecho de que la tecnología siga avanzando mientras la legislación sigue paralizada hace inevitable la apertura de nuevas grietas en el herrumbroso casco de la nave procesal. La última vía de agua, de momento, se conoce por *SITEL*, aunque tras ese nuevo —y seguramente efímero— icono del debate *tertuliano* se mezclan cuestiones tan distintas como raramente tratadas, en el debate público, con un mínimo rigor jurídico.

SITEL, en realidad, es sencillamente un sistema informático que permite (por el procedimiento que más adelante se verá) derivar en tiempo

real y en soporte digital el contenido de las comunicaciones y/o los *datos asociados* a ellas —en lo que aquí nos importa, y prescindiendo de tecnicismos, en el ámbito de la telefonía móvil e Internet— desde las operadoras telefónicas a un *centro de monitorización* que depende del Ministerio del Interior o del CNI. De este modo, las viejas intervenciones (el «pinchazo» telefónico), las «escuchas» y las grabaciones en cintas, pasan a la historia, sustituidas por un sistema informatizado que realiza esas operaciones de forma automática.

Pues bien, en torno a esa nueva realidad tecnológica, surgen por lo menos tres interrogantes jurídicas que afectan indirecta o directamente a la intervención judicial en el terreno del secreto de las comunicaciones. El ejercicio de separar y distinguir esos planos, confusamente mezclados en el debate público, es indispensable para entender los problemas, lo que suele ser necesario para poder resolverlos.

1. *Primer problema: El rango legal de las normas habilitadoras para la retención y conservación de datos relativos a las comunicaciones*

Bajo el *síndrome SITEL*, un primer objeto de debate (sustanciado en sede política, al menos hasta el momento en que se escriben estas páginas, con más ruido que nueces³⁴) se refiere a la supuesta *insuficiencia de rango jerárquico*³⁵ de las normas que regulan las operaciones técni-

³⁴ Todo saltó a «la opinión pública» (es decir, a los titulares de los medios) como consecuencia de unas declaraciones que hizo en el verano de 2009 la Secretaria General del Partido Popular, D^a María Dolores de Cospedal, denunciando la supuesta existencia de escuchas ilegales por parte del Gobierno a miembros de su partido, mediante un sistema (SITEL) que permitía, siempre según la versión del Partido Popular, que el Ministerio del Interior realizase tales escuchas y grabaciones ilegales, así como la obtención de numerosos datos asociados a la comunicación. Sistema éste que, por sus características y funcionamiento resultaba inconstitucional, puesto que la obtención y conservación de tales datos exigía, a su juicio, regulación mediante Ley Orgánica. De hecho, el Grupo Parlamentario Popular presentó el día 5 de noviembre de 2009 sendas proposiciones no de ley, ante la Comisión de Justicia y el Pleno (BOCG, Congreso, D-292, de 17-11-2009 y D-290, de 13-11-2009, respectivamente), instando al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica reguladora de la materia. El Gobierno, por su parte, negó toda utilización ilegal —esto es, fuera del control judicial— de SITEL, alegando además que el sistema había sido adquirido e instalado por el Gobierno del propio Partido Popular.

³⁵ En realidad, tal y como se plantea la cuestión en ese debate político es impropio hablar de rango, puesto que como es sabido el TC y la doctrina constitucional sostienen mayoritariamente que la distinción entre ley orgánica y ley ordinaria no se establece propiamente por razón de jerarquía normativa, sino por razón de la materia (Una exposición elemental del problema y sus implicaciones puede encontrarse en BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé: *Comentarios a la Constitución española*. XXX aniversario. Fun-

cas y los protocolos para la obtención y, en particular, para la conservación de datos relativos a las comunicaciones por parte de las operadoras³⁶, en particular la Ley 25/2007 de 18 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*³⁷.

El artículo 1 de la mencionada ley establece que la misma tiene por objeto *«la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales»*. Se trata únicamente de la conservación y cesión de *datos asociados*, **excluyéndose en todo caso la conservación —y por ende la cesión— de cualquier dato que revele el contenido de la comunicación** (art. 3.3), lo que quedaría en el ámbito estrictamente procesal penal.

En concreto, los datos que la Ley 25/2007 obliga a conservar son los siguientes (art. 3.1.):

- a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:
 - 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:
 - i) Número de teléfono de llamada.
 - ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.

dação Wolters Kluwer. Madrid, 2008. pag. 1471) Pero para no complicar la exposición, parece preferible saltar por encima de ese detalle.

³⁶ Vid. los artículos 33 a 38 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; los artículos 83 a 101 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril, y la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

³⁷ Llegados a este punto conviene advertir, a efectos metodológicos, de las repercusiones que tiene en el terreno jurídico el fenómeno de la unificación de los soportes tecnológicos de la comunicación. Este hecho determina que los problemas —y las soluciones jurídicas— respecto de la conservación y utilización de datos de las comunicaciones afecten indistintamente a éstas con independencia de su forma de materialización, presentación o exteriorización. Queda claro, pues, que las dudas jurídico-constitucionales y procesales que plantea la intervención judicial en las comunicaciones son, en buena medida, comunes a las comunicaciones telefónicas y en Internet. Lo son, en todo caso, las que se examinan en este apartado.

2.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

- i) La identificación de usuario asignada.
- ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.
- iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.

b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

- i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas.
- ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.

2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet:

- i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.
- ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: *la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.*

2.º Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:

- i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del

- Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.
- ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.
- d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación.
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: *tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).*
 - 2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: *el servicio de Internet utilizado.*
- e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:
- 1.º Con respecto a la telefonía de red fija: *los números de teléfono de origen y de destino.*
 - 2.º Con respecto a la telefonía móvil:
 - i) Los números de teléfono de origen y destino.
 - ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.
 - iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.
 - iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada.
 - v) La IMEI de la parte que recibe la llamada.
 - vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.
 - 3.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:
 - i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números.
 - ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.

f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

- 1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.
- 2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

El Preámbulo (exposición de motivos) de la norma, al atribuir a la Directiva europea que traspone³⁸ la voluntad de «establecer la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos, **con el fin** de posibilitar que dispongan de ellos los agentes facultados» para la investigación de un delito grave³⁹, podría dar a entender que la **conservación** de datos sólo se contempla —y por tanto sólo sería ajustada a la ley— con esa exclusiva finalidad de su ulterior utilización por dichos agentes. No es así: en primer lugar, el artículo 4 de la propia Ley distingue la cesión de los datos, que requiere previa autorización judicial, de la obligación de conservarlos, que emana directamente de la norma y, en segundo lugar, remite a «**los supuestos de autorización fijados en el artículo 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones**», que, además de diversos usos sujetos a autorización expresa (o consentimiento informado, como lo denomina) del titular, también se permite la conservación incontestada de «los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones» (art. 38.3.a).

De manera que de la agregación de las Leyes 32/2003 y 25/2007 se desprende que la conservación de los datos en cuestión puede preordenarse como mínimo a tres fines: a) diversos usos consentidos por el titular; b) la facturación; y c) la cesión ulterior para su uso en la investigación de delitos graves. Sólo esta cesión requiere autorización judicial, que ha de producirse en el marco de un proceso penal «por delito

³⁸ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

³⁹ La propia ley aclara que «se entienden por agentes facultados los miembros de los Cuerpos Policiales autorizados para ello en el marco de una investigación criminal por la comisión de un delito, el personal del Centro Nacional de Inteligencia para llevar a cabo una investigación de seguridad amparada en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia»

grave». El resto de supuestos (la previa captación y conservación de los datos, y los otros dos usos) se permiten y se regulan directamente por la ley misma, con remisión a la Ley General de Telecomunicaciones y al reglamento que la desarrolla.

La pregunta es si esa regulación comporta un «desarrollo» del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (para el que el artículo 81 CE exige ley orgánica), y si en todo caso la captación y conservación de datos supone una vulneración del mencionado secreto, porque en tal caso el propio artículo 18.3 exigiría autorización judicial. Y ciertamente la pregunta no es ni baladí ni retórica porque, como se ha visto, ni ninguna de esas normas tiene rango de ley orgánica, ni se exige autorización judicial nada más que para la cesión (pero no para la captación y conservación **sin** consentimiento del titular) de todos esos datos.

Es imposible abordar aquí en su plenitud el problema, porque requeriría de estudio y espacio mucho más extensos que los que caben en los linderos de este trabajo; pero sí es posible ofrecer a quien sienta curiosidad algunas pistas de aproximación al núcleo del debate.

La primera pista conduce a la Sala Segunda del Tribunal Supremo que ha dicho con inusual rotundidad que *«no deja de llamar la atención la clamorosa insuficiencia, desde el punto de vista de su jerarquía normativa, de una ley que, regulando aspectos intrínsecamente ligados al derecho al secreto de las comunicaciones, y a la protección de datos personales, no acata lo previsto en el at. 81.1 de la CE.»*⁴⁰

La segunda lleva a la Sala Tercera del mismo Alto Tribunal, que en su STS de 5 de febrero de 2008⁴¹ resolvía un recurso de la Asociación de Internautas contra el capítulo II del Título V del Reglamento de desarrollo de la Ley de General de Telecomunicaciones⁴². Las normas impugnadas (arts. 83 a 101), agrupadas bajo el epígrafe *«la interceptación legal de las comunicaciones»* tienen por objeto —dice la Sentencia— *«establecer «los requisitos técnicos y operacionales» para que los mandamientos o autorizaciones judiciales efectuadas conforme a lo previsto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y «en otras normas con rango de Ley Orgánica», sean convenientemente atendidos por los*

⁴⁰ STS 249/2008 de 20 de mayo (Pte. Marchena Gómez) [EDJ 2008/90719]

⁴¹ STS 69/2008 de 5 de febrero (Pte. Campos Sánchez-Bordona) [EDJ 2008/8323]

⁴² Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2005, de 15 de abril.

operadores de comunicaciones». Los recurrentes alegaban, entre otras cosas, la carencia de cobertura normativa del Real Decreto, y la infracción de la reserva de ley orgánica y ordinaria aplicable en esta materia.

Pues bien, dejando al margen que el objeto del recurso sólo afectaba al supuesto de interceptación de la comunicación en los supuestos de investigación criminal o de actuación del CNI, y por tanto dejaba fuera las cuestiones más arriba planteadas en torno a la captación y conservación *ordinaria* de los datos, incluso en ese ámbito más concreto y menos dudoso el Tribunal Supremo optó por *ponerse de perfil*, alegando «acontecimientos normativos posteriores». En efecto, la ya reseñada Ley 25/2007 de 18 de octubre había dado, con posterioridad a la interposición del recurso, nueva redacción al artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones, incorporando a su texto parte de las disposiciones reglamentarias recurridas. Con lo que la Sala Tercera, pese a rozar el meollo del problema al reseñar (FJ 6) que «*la Asociación demandante, consciente de esta nueva situación, alega en su escrito de 15 de noviembre de 2007 (...) que «el rango normativo de la citada Ley (25/2007) resulta claramente insuficiente para sanar la normativa impugnada»*», se colocaba en fuera de juego respondiendo que «[la demandante] *no llega, sin embargo, a proponer a esta Sala que eleve al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad*». Como si el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no permitiera su planteamiento de oficio.

Eso sí, a continuación la Sentencia explicaba la doctrina de la **calidad de la ley** resultante del artículo 579 LECrim complementada por la jurisprudencia, deduciendo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 2/2002 dan cobertura suficiente de ley orgánica a las intervenciones telefónicas autorizadas por el Juez, para rematar la cuestión explicando que «*la reserva de ley orgánica, sin embargo, no tiene por qué extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con dichas interceptaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones obligados a realizar «físicamente» las medidas amparadas en una resolución judicial de interceptación*», de manera que la referencia a la LECrim y a la L.O. 2/2002 «*son esenciales para la aplicación e interpretación del marco normativo objeto de debate pues, en definitiva, toda la regulación legal (Ley 32/2003 modificada) y reglamentaria (Real Decreto 424/2005, en cuanto no se oponga a la anterior) que examinamos no es sino concreción del modo en que los operadores de comunicaciones han de responder ante una orden de interceptación legal, cuyos presupuestos y condiciones de validez definen aquellas leyes orgánicas y la jurisprudencia que las interpreta*».

Conviene sin embargo insistir en que, extramuros de esa apurada conclusión, queda pendiente de averiguar si *hay vida* constitucional allá donde no alcanza la LECrim., es decir, en el ámbito de la captación, la retención y la conservación preventiva de los datos que después eventualmente podrán ser cedidos para una investigación criminal.

La tercera pista conduce más lejos: al Tribunal Constitucional alemán, que mientras se escribían estas líneas hacía pública una sentencia que anula la ley germana de conservación de datos de las comunicaciones por entender que la retención masiva de tales datos para ponerlos a disposición policial *viola flagrantemente el derecho al secreto de las telecomunicaciones, así como el principio de proporcionalidad*. La resolución del alto tribunal de Karlsruhe ordena, además, la inmediata destrucción de todos los datos acumulados. Es cierto, sin embargo, que el sistema español no contempla exactamente una derivación *policial* de los datos, sino a título meramente instrumental, puesto que la cesión ha de ser autorizada por el Juez, y el proceso penal es su destino. Pero no estaría de más una reflexión en profundidad sobre este tema desde la perspectiva constitucional, que como se ha advertido no cabe —en sentido literal— aquí.

2. *Segundo problema: La inclusión de los datos asociados en el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones*

Como se ha dicho, el artículo 6 de la Ley 25/2007 viene a someter la cesión de todos los datos asociados al proceso de comunicación al mismo régimen que la interceptación del contenido de la comunicación misma: la autorización judicial. Autorización que, como también hemos visto, está sujeta a una serie de condiciones derivadas de la Constitución, la LECrim y la Jurisprudencia del TEDH, el TC y el TS. Esas condiciones, como es sabido, incluyen la exigencia de determinación concreta del teléfono que ha de intervenir, y su relación (de titular o usuario) con la persona investigada. La pregunta es si para averiguar estos datos previos de identidad, también hace falta autorización judicial. Y, en caso afirmativo, si esa autorización hace falta cualquiera que sea el medio de acceso a los datos, o sólo cuando se trata de obtenerlos mediante la *cesión* por la operadora que regula la Ley 25/2007.

A estas preguntas lleva algún tiempo tratando de dar respuesta la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al enfrentarse a lo que ha dado en llamar *monitorización* de teléfonos móviles, es decir, la utilización

de escáneres que permiten identificar el IMEI o el IMSI⁴³, a partir de los cuales puede llegar a determinarse la identidad del titular. Y como en tantas otras ocasiones, las carencias de nuestro sistema se manifiestan en una doctrina decantada a fuerza de bandazos⁴⁴.

La **STS de 19 de febrero de 2007**⁴⁵ se inclinaba claramente hacia una línea de *máximos*, apoyándose en la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas STC 114/1984) según la cual el concepto de «secreto» del art. 18.3 CE no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino otros aspectos de la misma «*como por ejemplo la identidad subjetiva de los interlocutores*»; e invocando asimismo la STEDH *Malone*, que estimó que un artificio técnico como el denominado *comptage*⁴⁶ podía violar el art. 8 CEDH aun sin afectar al contenido propiamente dicho de la comunicación.

Tras rechazar la alegación del Ministerio Fiscal de que «*averiguar con un medio electrónico el número de teléfono que usa una persona, no parece muy diferente de su averiguación a través de guías telefónicas*», porque —dice el Tribunal— «*no se habría tratado de obtener el número de un abonado, sin más, sino los de quienes establecían una comunicación, y, justamente, durante el curso de la misma*», la Sala Segunda recuerda que el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios (RD 424/2005) —que en aquella fecha todavía contenía las normas que más tarde, como hemos visto, pasarían a la Ley 25/2007— «*requiere, para que la «intercepción [sea] legal», que la «medida» [haya sido] establecida por la ley y adoptada por una autoridad judicial (...) y considera «información relativa a la interceptación», entre otras, la identidad o identidades —en la acepción definida en el art. 84 i—, es decir, la «etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier*

⁴³ Sobre estos conceptos, vid. infra, comentario a la STS de 20 de mayo de 2008.

⁴⁴ Es seguro que cuando este escrito vea la luz, cuanto en él se dice sobre esta materia habrá quedado obsoleto: al tiempo de redactar estas palabras, el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo tiene adoptado un acuerdo estableciendo un criterio unificado sobre la exigencia de autorización judicial para el acceso a datos asociados a la comunicación. Pero —según parece— la manifestación escrita y pública de ese acuerdo se hará esperar todavía, excediendo, lamentablemente, el plazo preclusivo de presentación de este trabajo.

⁴⁵ STS 130/2007 de 19 de febrero (Pte. Andrés Ibáñez) [EDJ 2007/19755]

⁴⁶ Según lo describe la propia Sentencia *Malone*, el *comptage* era un sistema basado en un (rudimentario) mecanismo concebido y utilizado por British Telecom para facturar el importe de las llamadas en función de su duración. Consistía simplemente en un contador combinado con una impresora, que registraba el número marcado, la hora y la duración de cada llamada. La cesión de la lista de llamadas obtenidas a la policía violó, a juicio del TEDH, el artículo 8 CEDH.

tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificables mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso». De donde la Sala extrae la conclusión de que «por tanto, también la captura de los llamados «datos externos» al contenido de la comunicación, del tipo de los que acaban de indicarse, tiene la naturaleza de verdadera y propia interceptación, a efectos constitucionales y legales».

Esta doctrina, sin embargo, era cuestionada en un voto particular emitido por dos Magistrados (Martínez Arrieta y Maza Martín), que *negaban la mayor* por partida doble. Primero, por entender que la «la «monitorización» (...) permite detectar el número de un teléfono móvil en uso, a través del denominado IMEI del mismo (...) sin intromisión en el contenido del ámbito de intimidad»; lo cual es cierto si se subraya el término *contenido*, pero no era, como es obvio, la cuestión planteada, que precisamente se refiere a la posibilidad de afectar al derecho al secreto de las comunicaciones sin incidir en su contenido, sino accediendo simplemente a datos *asociados* al acto mismo de comunicación. Y segundo, (aquí sí se acercaban los Magistrados discrepantes al *quid* de la cuestión) porque «en un caso como el presente, lo que la Policía lleva a cabo no es identificar los números telefónicos en comunicación, sino tan sólo averiguar el correspondiente a uno de los comunicantes». Procedimiento que, entienden, no equivale a la interceptación de una comunicación, porque «la comunicación, por definición, requiere al menos dos comunicantes», de modo que «la actuación sobre un solo individuo y los objetos de su pertenencia nunca puede constituir injerencia en sus comunicaciones ni, menos aún, en las de un tercero». Ese es para los autores del voto particular un ámbito diferente —el de la intimidad personal— que, «dentro del necesario respeto a la proporcionalidad» es accesible en el caso de actuaciones policiales que constituyen injerencias leves, sin necesidad de autorización judicial, «como sería el supuesto de las intervenciones corporales («cacheos»)».

La posición mayoritaria de aquella sentencia sería posteriormente desautorizada, de manera repetida y explícita, por otras posteriores⁴⁷ en las que se reivindica la doctrina expuesta en el voto particular, y se asume como línea jurisprudencial la desarrollada en la **STS de 20 de**

⁴⁷ Vid. STS 921/2009 de 20 de octubre (Pte. Ramos Gancedo) [EDJ 2009/245675]

mayo de 2008⁴⁸. Esta sentencia⁴⁹ centra y clarifica, en efecto, la cuestión, al resolver sobre la pretensión de nulidad de la intervención de un teléfono cuya identificación se había obtenido mediante el uso de un escáner que, situado en las proximidades del móvil, había permitido averiguar el IMSI⁵⁰.

De entrada, la Sala observa que la doctrina *Malone* ha sido superada —como vaticinaban las repetidamente citadas SSTEDH *Kruslin* y *Huvig*— por el desarrollo tecnológico: *«la afirmación de que los números de teléfono marcados, la hora y la duración de la llamada, forman parte de los datos externos al proceso de comunicación, pero requieren el mismo nivel de protección que el contenido de aquélla, siendo decisiva, sólo resuelve una pequeña parte del problema. Hoy en día la telefonía móvil genera toda una serie de datos de tráfico que van mucho más allá de aquéllos respecto de los que el TEDH tuvo ocasión de pronunciarse, hace ahora más de 23 años.»*

Y con base en esa constatación advierte que el concepto de «datos externos» que manejaba el TEDH *«ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución «datos de tráfico»⁵¹ en cuyo ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea*. Ahí está la clave: *«la mecánica importación del régimen jurídico de aquellos datos a estos otros, puede conducir a un verdadero desenfoque del problema, incluyendo en el ámbito de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones datos que merecen un tratamiento jurídico diferenciado, en la medida en que formarían parte, en su caso, del derecho a la protección de datos o, con la terminología de algún sector doctrinal, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)»*.

⁴⁸ A ella se remiten, por ejemplo, las SSTS 880/2009 de 7 de julio (Pte. García Pérez) [EDJ 2009/234640], 18 de diciembre de 2008 (Pte. Granados Pérez) [EDJ 2008/262370], y 969/2009 de 28 de septiembre (Pte. Varela Castro) [EDJ 2009/265704]

⁴⁹ STS 249/2008 de 20 de mayo (Pte. Marchena Gómez) [EDJ 2009/90719]

⁵⁰ *«Acrónimo —explica la propia sentencia— de International Mobile Subscriber Identity. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS.»* (FJ 3).

⁵¹ En este punto, la sentencia se refiere a los datos enumerados por las Directivas 97/66 /CE del Parlamento y el Consejo, y 2008/58 /CE del Parlamento (que deroga la anterior), sobre tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, cuyo «elemento de transposición» es el ya citado RD 424/2005, luego parcialmente elevado a rango legal mediante la L. 25/2007. Vid, en consecuencia, a estos efectos, la enumeración de los datos de obligatoria conservación, relacionados en el art. 3 de dicha ley, que más arriba se transcribió.

Así acotado el terreno, la STS 249/2008 hace un esfuerzo —aun- que dice que semejante tarea «*no es objeto del presente recurso*»— por deslindar ambas realidades jurídicas, seleccionando por tanto aquellos *datos de tráfico* que sí deben entenderse efectivamente incluidos en la órbita de protección reforzada del derecho al secreto de las comunicaciones. «*En principio, ese carácter habría de predicarse, actualizando la pauta interpretativa ofrecida por el TEDH, de los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada*». Y la información albergada en el IMSI «*no participa de ninguna de esas características*» porque en los casos de telefonía móvil con tarjeta prepago «*...no permite obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección por la vía del derecho al secreto de las comunicaciones*», y «*en segundo lugar, [por]que esa numeración puede llegar a aprehenderse, incluso, sin necesidad de que el proceso de comunicación se halle en curso. Con ello —añade— quiebran también las ideas de funcionalidad y accesoriadad, de importancia decisiva a la hora de calificar jurídicamente el alcance de la tutela constitucional de esa información.*»

El primer argumento ha quedado desmontado por la Disposición Adicional Única de la Ley 25/2007, que obliga a identificar a los adquirentes de tarjetas pre-pago mediante un libro registro, y prevé la desactivación en el plazo de dos años de todos los que no se hayan identificado; pero el segundo razonamiento da en la diana —ya intuida en el voto particular de la precitada STS 130/2007— de la distinción crucial entre **los datos de un teléfono** y **los datos de una comunicación**. Lo que —prosigue acertadamente la sentencia— no quiere decir que la información incorporada al IMSI («*una sucesión de números que ha de ser completada con otros datos en poder del operador de telefonía [cuyo] tratamiento automatizado haría posible un significativo nivel de injerencia en la privacidad del interesado*») no encierre un **dato de carácter personal**, consiguientemente amparado por la **LO 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal**, que restringe el acceso a los mismos, facultado sólo a tal fin a «*...el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas*», así como «*las instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas*» (art. 11.2 .d de la L.O. 15/1999).

Ahora bien, la misma sentencia advierte que «*sea como fuere*» la entrada en vigor de la Ley 25/2007 de conservación de datos reduce en buena medida el radio de acción de ese debate, al haber optado de manera general por un sistema de autorización judicial que afecta (art. 6.1)⁵² a todos los datos incluidos en su ámbito de protección (*vid. supra*, la transcripción del art. 3.1)⁵³. Pero, no obstante, el Tribunal Supremo hace una salvedad importante, y contesta la segunda pregunta que formulábamos al comienzo de este epígrafe: la Ley 25/2007 regula **la cesión de datos** de las operadoras a los *agentes facultados*, pero no impide *per se* la posibilidad de que tales datos sean **obtenidos por otra vía lícita**. En este punto, es la Ley Orgánica de Protección de Datos la que, a juicio del TS, ofrece la solución en su artículo 22, en cuanto permite «*la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas*» limitada, eso sí, «*a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2)*». Además de que «*la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los*

⁵² Art. 7 de la L. 25/2007:

1. Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.

2. La cesión de la información se efectuará únicamente a los agentes facultados. A estos efectos, tendrán la consideración de agentes facultados:

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

b) Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) El personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

⁵³ La Sala sostiene, por cierto, una interpretación sistemática, lógica e integradora de la norma, entendiendo que ese régimen de autorización judicial también comprende la telefonía pre-pago, pese a que el la Disposición Adicional Única no se menciona expresamente.

apartados 2 y 3 del artículo 7⁵⁴, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales» (art. 22.3).

En conclusión, la recogida directa a través de medios técnicos (p. ej. el escáner) de datos como el IMSI, «*en el marco de una investigación criminal —nunca con carácter puramente exploratorio—, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional*». Aunque, eso sí, «*los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del IMSI en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación*».

Abierta de esta manera una línea lúcidamente aclaratoria del tratamiento de problema, la STS de 28 de enero de 2009 insistió⁵⁵, con cita de la anterior, en que el acceso a datos como el IMSI y el IMEI (y, en

⁵⁴ Artículo 7 de la LO 15/1999, de Protección de Datos.

Datos especialmente protegidos.

(...)

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

⁵⁵ STS 40/2009 de 28 enero (Pte. Monterde Ferrer) [EDJ 2009/13349], FJ 2: (...) «c) La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial.

Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. (...).

concreto, su *captura*) no necesariamente exige, por sí mismo, la autorización judicial.

Así pues, y a modo de síntesis, parece quedar claro que la autorización judicial exigida por el artículo 6 de la Ley 25/2007 para la cesión de *cualquiera* de los datos enumerados en su artículo 3 no responde exactamente —al menos para todos ellos— a una exigencia del artículo 18.3 de la Constitución. Aparte, por supuesto, del contenido de la comunicación (art. 3.3), ese específico blindaje constitucional sólo ampara aquellos datos que incorporan directamente información hábil por sí misma para identificar la comunicación (su origen y destino, momento y duración, el volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada) o de los comunicantes (como, por ejemplo, el número de teléfono del interlocutor y, subsiguientemente, su identidad, obtenida así a través del proceso de comunicación, dado que exige inexcusablemente *interferir* en la llamada que otra persona le realiza). No así el resto de *datos asociados* o *de tráfico*. No obstante estar comprendidos en el citado art. 3.1 de la Ley 25/2007 el IMEI o el IMSI, la ubicación geográfica aproximada de una persona (que puede detectarse con sólo tener el móvil encendido, sin necesidad de que comunique con nadie), la IP dinámica, en el caso de las comunicaciones por Internet, y, además, todas aquellas otras informaciones (incluso de identidad) cuya obtención pueda llevarse a cabo *unilateralmente*, sin interferir, como se ha dicho en una concreta comunicación entablada por la persona investigada con un tercero, o por un tercero con ella, están sujetas a otro nivel de protección: el que nace, según los casos, de los apartados 1 y 4 del art. 18 de la Constitución, que —sin exigir intervención judicial— se corresponde con la protección genérica de los derechos fundamentales (arts. 81 y 53.1 CE).

Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

d) Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Así, se suele decir que, como se puede ver en una vigilancia (mediante prismáticos, por ejemplo), la marca y modelo del teléfono móvil que utiliza un vigilado, se puede obtener la información del IMSI, mediante estos «prismáticos especiales inalámbricos».

Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o «pinchazos» telefónicos».

Así que:

- a) de *lege lata*, estos datos *asociados a pero no reveladores del* proceso de comunicación pueden obtenerse sin autorización judicial en los casos, por los sujetos y con los requisitos que establece, en su caso, la Ley Orgánica de Protección de Datos, siendo únicamente necesaria tal autorización judicial (art. 6 L. 25/2007) cuando se trata de obtenerlos sin consentimiento del titular precisamente de las operadoras que por obligación legal los conservan; y
- b) que *de lege ferenda*, nada —y en concreto, el art. 18.3 CE— impediría modificar el citado artículo 6 de la Ley 25/2007, para regresar al sistema anterior a su entrada en vigor, que en los expresados términos de la Ley Orgánica de Protección de Datos permitía al Ministerio Fiscal —por citar la institución propiamente implicada en la investigación criminal⁵⁶— solicitar esa información a las operadoras sin necesidad de control judicial. Lo que a su vez facilitaría, sin incidir en absoluto en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y sin exceder forzosamente los límites establecidos por la Constitución para la tutela del derecho a la intimidad, avanzar de manera más ágil en las investigaciones que no requieren *intervenir* una comunicación, sino simplemente identificar a una persona, sin tener que judicializar el procedimiento, y por tanto evitando el efecto doble e inútilmente nocivo de recargar de manera innecesaria la tarea de los Juzgados, y de dilatar y complicar ciertas actuaciones que frecuentemente requieren de una agilidad mayor que la que permite la intervención judicial⁵⁷. Piénsese, por ejemplo —como apuntaba el voto particular de la STS 19 de febrero de 2007—, que en un supuesto de tutela de la intimidad al que se corresponde a

⁵⁶ GIMENO SENDRA sugiere incluso la posibilidad, perfectamente viable dentro del marco constitucional, de que esa facultad de acceso se conceda directamente a la Policía Judicial, aunque la rechaza por razones de oportunidad, por entender que tratándose de un «acto de prueba preconstituida [que] incide en un derecho fundamental (...) ha de estar sometido también a las exigencias del principio de proporcionalidad, razón por la cual debe conferirse su adopción a un órgano técnico, imparcial defensor de los derechos del os ciudadanos y de la legalidad constitucional» (art. 124 CE) (GIMENO SENDRA, Vicente: *Las intervenciones electrónicas y la Policía Judicial*. Ponencia presentada el 13 de octubre de 2009 al II CONGRESO DE DERECHO PROCESAL PENAL organizada por la Audiencia Provincial de Alicante).

⁵⁷ Piénsese, por ejemplo, en la extendida artimaña, muy instalada entre todo «capo» de organización criminal que se precie, de cambiar DIARIAMENTE de teléfono móvil prepago. Hacer un seguimiento teniendo que acudir todos los días al Juez.

un nivel análogo de protección constitucional, la ley requiriese de autorización judicial previa para que la policía pudiera cachear a las personas sospechosas de haber cometido un delito.

3. *Tercer problema: La validez en el proceso penal de la prueba procedente del contenido de comunicaciones y datos asociados a las mismas obtenidos mediante el sistema SITEL*

Alzando la vista por encima de los árboles que hemos tratado de podar en los apartados anteriores, llega la hora de situar el *problema SITEL* en las coordenadas estrictamente procesales. Desbrozadas, pues, varias de las cuestiones que han enmarañado innecesariamente el debate, resultará más sencilla ahora esta aproximación al tema de la validez y la práctica de la prueba en el proceso penal. Para ello, nada mejor que seguir la estela jurisprudencial, en busca del alimento *complementario* con que nutrir la ley *raquítica*.

El Tribunal Supremo mencionó *SITEL* ya en la **STS de 19 de diciembre de 2008**⁵⁸, tan sólo para descartar que su utilización para ubicar geográficamente a una persona vulnera el derecho a la intimidad de ésta (no se menciona el secreto de las comunicaciones), y ello —decía la Sala Segunda— porque no permite conocer «*el lugar exacto*» en que se encuentra el afectado, sino que «*esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal*».

Se trataba un supuesto de «*intervención, observación, grabación y escucha por el sistema SITEL*» en la **STS de 12 de marzo de 2009**⁵⁹, autorizada a juicio del TS, «*mediante un auto suficientemente fundado*», que ordenaba la «*entrega de las cintas originales*» suplida en realidad por la aportación al Juzgado de dos CD, en uno de los cuales, sin embargo, faltaban las grabaciones de todo un día. El Tribunal estimó que este último hecho «*lo único que puede producir es que las correspondientes transcripciones carezcan de toda validez probatoria*», y no se planteó ningún problema más, concluyendo (o partiendo de) que «*las intervenciones telefónicas han sido ordenadas y practicadas con respeto de las pertinentes garantías legales y constitucionales*» (FJ 4).

⁵⁸ STS 906/2008 de 19 de diciembre (Pte. Maza Martín) [EDJ 2008/272898].

⁵⁹ STS 176/2009 de 12 de marzo (Pte: Puerta Luis) [EDJ 2009/42588].

La primera aproximación más profunda a SITEL aparecerá sólo un día después, en la **STS de 13 de marzo de 2009**⁶⁰. La Sentencia destaca sobre todo porque en su FJ 6 reproduce textualmente el oficio policial de solicitud de la intervención, que además de extender la petición, más allá del mero contenido de las conversaciones, a un importante número de *datos asociados*⁶¹, incluye una explícita descripción del sistema SITEL, en los siguientes términos literales:

«b) El programa SITEL es una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones.

El sistema se articula en tres principios de actuación:

1. Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados.
2. Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior. Existen 2 ámbitos de seguridad:

*Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos, donde se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar la información y distribuir la información.

⁶⁰ STS 250/2009 de 13 de marzo (Pte: Martín Pallín) [EDJ 2009/56285]. A título de curiosidad, cabe anotar que la sentencia comienza con una interesante reflexión acerca de la carencia en el sistema español (en contra de lo que es habitual en el derecho comparado) de una lista o catálogo de delitos que, por su especial relevancia, justifiquen la adopción de la medida excepcional y restrictiva de interceptación de las comunicaciones; vacío que la Sala sugiere colmar a través del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; esto es, atendiendo al catálogo de delitos para cuya investigación es posible acudir a la figura del agente encubierto.

⁶¹ Apartado a) del oficio: «—los listados de llamadas entrantes y salientes del referido teléfono, al igual que la titularidad del mismo si se tratase de contrato y no de tarjeta prepago, (...);— contenido de las carpetas de audio o llamadas; — contenido de los mensajes de texto o SMS; — Contenido de las comunicaciones mantenidas vía fax o Internet; — identificación y localización de los repetidores; — identificación del número que interacciona con el intervenido (llamante y llamado) aunque sean secretos; — IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes; — identidad del titular de los teléfonos que interactúan, aunque sean secretos.»

*Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores únicos para este empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro. Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.

3. Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento.

c) Información aportada por el sistema.

El sistema, en la actualidad, aporta la siguiente información relativa a la intervención telefónica:

1. Fecha, hora y duración de las llamadas.
2. Identificador de IMEI y número de móvil afectado por la intervención.
3. Distribución de llamadas por día.
4. Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.)

En referencia al contenido de la intervención de la comunicación, y ámbito de información aportada por el sistema, se verifican los siguientes puntos:

1. Repetidor activado y mapa de situación del mismo.
2. Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información.
3. Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS).

d) Sistema de trabajo.

Solicitada la intervención de la comunicación y autorizada ésta por la Autoridad Judicial con el empleo del Programa SITEL, la operadora afectada inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la Unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación.

El acceso por parte del personal de esta Unidad se realiza mediante código identificador de usuario y clave personal. Realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para la

Autoridad Judicial. La EVIDENCIA LEGAL del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato DVD para entrega a la Autoridad Judicial pertinente, constituyéndose como la única versión original.

De este modo el espacio de almacenamiento se reduce considerablemente, facilitando su entrega por la Unidad de investigación a la Autoridad Judicial competente, verificándose que en sede central no queda vestigio de la información».

A partir de ahí, el TS examina la autorización judicial, cuya falta de fundamentación bastante alegaba el recurrente, y llega a la conclusión de que *«la decisión está perfectamente ajustada a derecho»*, esto es, a las exigencias jurisprudenciales de proporcionalidad, especialidad de la materia a investigar, existencia de sospechas fundadas, necesidad de la intervención, etc.

La **STS de 23 de marzo de 2009**⁶² (Caso *Urquía*) da un paso más, y entra directamente en el problema que, como veremos, parece haber planteado a la larga más dificultades —justificadas o no— en relación con la validez de la prueba obtenida mediante SITEL. Concretamente examina la posible vulneración del artículo 24.2 CE (no del artículo 18.3) porque —decía el recurrente— SITEL *«no ofrece las garantías que, para la conservación y control de los datos obtenidos de las conversaciones intervenidas, nos ofrece el art. 24.2 en relación con el art. 53.2 CE»*.

Para empezar el Tribunal acota su propio terreno de juego, aduciendo que *«la cuestión planteada (...) es un tema que interesa a la Administración y al Poder legislativo, a los efectos de determinar el sistema a seguir para conservar (o no conservar) y controlar las conversaciones telefónicas legalmente intervenidas y grabadas, que ahora quedan integradas en un solo archivo mediante el referido sistema SITEL, que ha venido a sustituir a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los correspondientes agentes policiales»* y endosándole la cuestión a *«la Sala de lo Contencioso-Administrativo (...) que tuvo que pronunciarse sobre este problema en su sentencia de 5 de febrero de 2008»*. Por el contrario —prosigue la Sala Segunda— *«lo que interesa para este proceso penal no es lo que pueda ocurrir con la conservación de las conversaciones telefónicas grabadas, esto es, si estas conversaciones quedan bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. **Una vez que el contenido de esas conversaciones ha quedado incorporado** al proceso (...) lo que en*

⁶² STS 308/2009 de 23 de marzo (Pte. Delgado García) [EDJ 2009/31852].

realidad importa⁶³ para las responsabilidades penales ahora examinadas a los efectos del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, es si estas garantías se respetaron en el momento de su obtención y en el de su incorporación a las actuaciones, lo que ciertamente así ocurrió como nos explica la sentencia recurrida en sus páginas 24 y 25».

La *Sentencia recurrida* era la STJ de Andalucía de 7 de agosto de 2008 [EDJ 2008/131342], en la que se narra cómo primero el Juez de Instrucción había procedido a la audición del CD *volcado* de SITEL y aportado por la Policía, y la Secretaria Judicial al cotejo de las transcripciones; y, más tarde, la Secretaria Judicial de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (que vino a conocer de la causa por razón de aforamiento de uno de los acusados) llevó a cabo la **audición y cotejo, con citación de las partes, «desde los Archivos Sonoros Informáticos o archivos sonoros matrices (...) del sistema SITEL (a los que se tuvo acceso desde una Terminal sita en la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental, ubicada en Granada)... ».**

Así es como el Tribunal marca la vía para la introducción correcta (ex art. 24.2 CE) en el debate del plenario de *las conversaciones* previamente obtenidas con una autorización judicial que reunía los requisitos exigidos por el art. 18.3 CE.

La siguiente resolución casacional acerca de una prueba obtenida mediante SITEL fue la **STS de 29 de junio de 2009**⁶⁴. Amén de reiterar la exigencia de que se aporten **«las grabaciones originales completas»** (lo que resulta importante a los efectos que se dirán), trata —ahora sí— el problema de la obtención de un IMSI y un IMEI por el sistema SITEL, *sin que exista previo auto habilitante*. Y en este punto invoca la STS de 20 de mayo ya examinada, afirmando que *«los números IMSI e IMEI, aunque son unos datos a los que alcanza la protección legal de la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática»* solamente expresan *«una serie alfanumérica incapaz de permitir, por sí sola, conocer el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada»*, pero no *«la identidad de los comunicantes, ni la titularidad del teléfono móvil, ni, en suma, cualesquiera otras circunstancias que puedan llevar a conocer aspectos susceptibles de protección por la vía del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)*. Así que tales datos **«no pueden ser**

⁶³ Es evidente la habilidad del razonamiento: se evita —al abrigo de la invocación del art. 24.2 CE, en lugar del 18.3— el debate que hemos catalogado, más arriba, como primer problema en torno a SITEL.

⁶⁴ STS 756/2009 de 29 de junio, (Pte: Puerta Luis) [EDJ 2009/158081].

integrados en el concepto de comunicación, ni tampoco pueden ser encuadrados entre los datos especialmente protegidos». A lo que añade la sentencia que se «*regula especialmente la cesión de tales datos, mas no el acceso a los mismos al margen de la entidad responsable de los ficheros automatizados (...) lo cual, unido a las facultades reconocidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el marco de la investigación criminal (arts. 547, y art. 11 LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), hace que el acceso a tales números por los miembros de estos Cuerpos —en sus funciones de Policía Judicial—, al margen de los ficheros automatizados, no precise la previa autorización judicial...».*

Parece consolidarse, por tanto, la tesis de que los datos de identificación de los terminales (de las tarjetas o del propio aparato) que pueden obtenerse al margen de un concreto proceso de comunicación no están protegidos por el artículo 18.3 CE, y por tanto no exigen en *el nivel constitucional* intervención judicial, sino únicamente el respeto de las garantías derivadas, en su caso, de su incorporación a un fichero de datos protegido por el art. 18.4 de la propia Constitución.

La **STS de 6 de julio de 2009**⁶⁵, tras una acabada síntesis de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de intervención de las comunicaciones, se ocupa de la distinción entre los *datos de la comunicación* y los *datos asociados*. En concreto, afirma que «*la intervención telefónica en sentido estricto supone el conocimiento del proceso conversacional mantenido por dos personas, y que sin desconocer que el listado de llamadas entrantes y salientes, puede afectar al derecho a la privacidad desde las exigencias del art. 18.3 de la Constitución, los números marcados en un teléfono no forman parte del proceso conversacional. Es claro que el nivel de injerencia es mucho menor, por tanto esa menor intensidad debe proyectarse en un doble campo: en relación a la petición policial la entidad de los datos justificativos de la petición pueden ser menos intensos, y en relación a la autorización judicial, ésta puede serlo por providencia*⁶⁶ *que, como se sabe no exige una motivación específica, bastando la remisión al oficio...».*

En fin, la Sentencia comentada se ocupa también de una cuestión ya repetidamente resuelta por la Sala Segunda (la afirmación de que la captura del IMSI por la Policía «*para nada lesiona los derechos de privacidad protegidos en el art. 18.3 de la Constitución*», aunque para que

⁶⁵ STS 737/2997 de 6 de julio (Pte. Giménez García) [EDJ 2009/171694].

⁶⁶ Así había ocurrido en el caso de autos, lo que tal vez explique la deriva argumental de la Sentencia.

la operadora ceda esos datos sí hará falta una autorización judicial); y en respuesta a la afirmación del recurrente de que «*las cintas Huer*» son «*las únicas originales*» añade que «*está [el recurrente] en un error: Tales cintas de gran formato no pueden ser enviadas al Juzgado porque requieren un aparataje específico y de gran volumen, por eso se reconvierten en cintas tipo cassettes (...) lo que no les priva de su condición de originales. Más aún, hoy día la intervención —en el sistema SITEL [aquí está la mención al sistema]— la grabación es automática y junto con las conversaciones se pueden obtener otros datos, como incluso el lugar —aproximado— desde el que se efectúa la llamada a través del sistema celular y de repetición de sistema*».

Esta resolución del Tribunal Supremo suscita una duda importante. Aunque pretende apoyar su argumentación sobre los distintos niveles de *intensidad* de protección en la STS de 20 de mayo de 2008, parece en realidad ir más allá que ésta (y que la vieja STEDH *Malone*), introduciendo una línea de pensamiento novedosa, y quizá cuestionable. Como hemos visto, en realidad la STS de 20 de mayo que cita, y las que siguen su línea, tratan de aquilatar la distinción entre los datos materialmente protegidos por el artículo 18.3 CE (o sea, amparados por el secreto de las comunicaciones), y aquellos otros que, *asociados* a las comunicaciones, no se integran en la esfera específica de protección de ese secreto⁶⁷. Pero lo que no hacía aquella sentencia —ni ha hecho la jurisprudencia europea, ni la del Tribunal Constitucional— es plantear la posibilidad de *dosificar internamente* la intensidad de la protección del secreto de las comunicaciones (dando por sentado, por tanto, que es éste, y no otro, el derecho fundamental afectado) y modular en consecuencia el nivel de garantías en función de la información concreta que se trata de revelar o conocer; de manera que los ya clásicos parámetros jurisprudenciales (en particular los que afectan a la motivación de la resolución judicial autorizante) serían aplicables al concreto supuesto de *acceso al contenido de la comunicación*, pero no para obtener *datos asociados a ella*, donde el nivel de exigencia se relaja de modo notable. Quede, pues, debidamente apuntado este matiz, y advertido que convendría estar atentos a la eventual continuidad de este posible hilo jurisprudencial, si es que no se trata de una mera inexactitud terminológica o —por qué no— de un error de interpretación por nuestra parte.

En todo caso, esta observación ofrece el pie para un pequeño excurso relativo al principio de proporcionalidad. El que determinados da-

⁶⁷ Sobre la doctrina de las esferas, vid. GIMENO SENDRA, cit. supra.

tos cuya cesión sujeta la ley a autorización judicial no estén en realidad dentro de la órbita del artículo 18.3 de la Constitución, no quiere decir que tal cesión pueda escapar al juego de la ponderación de los derechos y los legítimos intereses en conflicto. Eso es lo que parece subyacer en el razonamiento de la Sentencia comentada, cuando —quizá fuera de contexto— se refiere a las posibilidades de *SITEL*. Intervenir un teléfono no es lo mismo que intervenir un teléfono **más** todos los datos de identidad, *sms*, listados de llamadas, correos electrónicos, ubicación geográfica, etc, que automáticamente facilita el sistema y obligatoriamente ha de ceder el operador.

En este aspecto, la nueva tecnología permite una inmisión en la intimidad (en sentido amplio) mucho más potente que la que suponía el clásico «*pinchazo*», lo que no puede quedar extramuros de la exigencia de *ponderación* que se imponía al Juez en el marco *analógico*. Es claro e innegable que esa idea está implícita en la doctrina tradicional que *complementa* la ley en esta materia; pero conviene aflojarla aquí de manera explícita. Desde la perspectiva del artículo 18.3 CE, parece esencial que el Juez que ha de decidir en cada caso conozca con exactitud, y delimite con claridad en el Auto autorizando la intervención, cuál es la información que puede y la que quiere recibir, y cuál no. Eso exige al Juez conocer la potencialidad del sistema (y desde luego la inexcusable advertencia policial —al solicitar la medida— de que va a ser utilizado) así como ponderar, caso por caso, cuántas y cuáles de sus múltiples funcionalidades han de aprovechadas, en atención —conforme a la doctrina clásica— a las necesidades de la investigación y de la idoneidad de la información reclamada para cubrirlas.

La siguiente referencia jurisprudencial a *SITEL* se encuentra en la **STS de 20 de septiembre de 2009**⁶⁸, que menciona únicamente su utilización para llevar a cabo la intervención, sin hacer cuestión —una vez más— de su naturaleza y funcionamiento, más allá de los problemas atinentes a la incorporación de la prueba al proceso.

En cambio, **STS de 5 de noviembre de 2009**⁶⁹ se aplica de manera más detallada —pero con frustrado final— al estudio de las dudas suscitadas por *SITEL*. Reproduce la doctrina de la *calidad de la ley complementada por la Jurisprudencia*, citando la STS de 6 de julio y la doctrina *Coban*⁷⁰, para plantar cara a las dudas que sembraba el recu-

⁶⁸ STS 952/2009 de 30 de septiembre (Pte. Delgado García) [EDJ 2009/239980].

⁶⁹ STS 1078/2009 de 5 de noviembre (Pte. Varela Castro) [EDJ 2009/265703].

⁷⁰ Vid. *supra.*, apartado I.

rente sobre la constitucionalidad de SITEL⁷¹. Primero, afirma que la citada sentencia de 6-7-2009 «no sólo no cuestiona [SITEL] sino que [lo] considera preferible a los modos de intervención anteriores a su implantación». Igual que —añade— la STS de 12 de marzo de 2009⁷². Segundo, confirma la *aceptabilidad* (sic) de SITEL invocando la STS de 23 de marzo de 2009, de cuyo texto destaca el pasaje que dice que «la cuestión planteada (...) es un tema que interesa a la Administración y al Poder legislativo...»⁷³; e importa la detallada descripción de SITEL que contenía la STS de 13 de marzo de 2009. Pero, reunidos todos esos materiales, la sentencia defrauda toda expectativa de una explicación acerca de cómo y por qué todo eso incide —o no— en el ámbito del art. 18.3 CE, clausurando repentinamente su *iter* discursivo con una conclusión categórica (¿y apodíctica?), a la estricta medida de la formulación técnica del motivo casacional: «la superfluidad de la pericia propuesta y la pertinencia de su no admisión»

En una línea parecida, la **STS de 12 de noviembre de 2009**⁷⁴ rechaza de plano el «escepticismo y desconfianza» del recurrente porque éste se abstiene «de desarrollar en lo más mínimo tan etéreo recelo y omitiendo cualquier forma de argumento o análisis que pudiera sustentar la supuesta falta de garantías constitucionales del mencionado sistema». Y —en cuanto aquí más nos interesa— en relación con «la validez y eficacia probatoria de la copia de la grabación original que contiene la conversación telefónica» (que se anticipa a catalogar —de acuerdo con la jurisprudencia del propio TS y del TC— como «cuestión procesal de legalidad ordinaria»⁷⁵) da por buena una reflexión del Ministerio Fiscal que conviene retener por ahora en la memoria: «... con el actual sistema informático SITEL (...) los presupuestos de la jurisprudencia citada han cambiado radicalmente en cuanto han desaparecido las grabaciones analógicas en cintas master, de forma que **no puede hablarse de ausencia de grabaciones originales aportadas al Juzgado** (...) por el hecho de disponer de un CD con el archivo sonoro procedente del servidor central de la Dirección General de la Guardia Civil y Policía **certificado digitalmente**, ya que éste ha

⁷¹ El recurrente alegaba quebrantamiento de forma (850.1 LECrim) consistente en la inadmisión de una prueba pericial sobre «la naturaleza, alcance y efectos del sistema de interceptación de comunicaciones conocido como SITEL» y que el sistema SITEL «es inconstitucional», así como, más específicamente, «la deficiencia en el rango normativo regulador de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento».

⁷² Vid. supra, nota 60.

⁷³ Vid. supra, comentario a la sentencia citada.

⁷⁴ STS 1114/2009 de 12 de noviembre (Pte. Ramos Gancedo) [EDJ 2009/307277].

⁷⁵ Vid. supra, nota 18.

de considerarse archivo original, con independencia de que se conserve el archivo sonoro matriz en el disco duro del servidor citado.». Dicho lo cual, no obstante, califica de *innecesaria* tal argumentación, porque —atención también a este argumento— «*el Tribunal sentenciador formó también su convicción sobre la prueba de confesión del acusado practicada en el Juicio Oral con todas las garantías de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, manifestando aquél la realidad de la llamada telefónica y no negó el contenido de ésta, limitándose a decir que «reconoció su voz pero cree que está manipulada» (...) pero sin justificar con algún dato o elemento más o menos convincente esa supuesta posibilidad meramente especulativa y olvidando, por otra parte, que es función privativa del Tribunal a quo la valoración de las declaraciones de quienes deponen ante el mismo en condiciones de inmediación, contradicción y oralidad».*

Esta es justamente la antesala de la última —y más polémica— resolución que, a la hora de escribir estas líneas, ha adoptado el Tribunal Supremo en relación con la materia que nos ocupa. La **STS de 30 de diciembre de 2009**⁷⁶, después de desarrollar una amplia exposición sobre el rango normativo de las reglas de funcionamiento de los sistemas técnicos de escuchas telefónicas, entra en la descripción *in extenso* del sistema SITEL (descripción que, eso sí, vuelve a copiar —con cita expresa— de la STS de 19 de marzo de 2009), para adentrarse por fin en la «*afectación del sistema S.I.T.E.L. al caso que es objeto del presente recurso*».

En ese apartado la sentencia describe, en base a la declaración de los guardias civiles intervinientes en la diligencia, las operaciones de grabación en el disco duro del servidor central y su *volcaje* (sic) a los DVD remitidos al Juzgado. Luego deja constancia de que «*las tecnologías han avanzado*» y, dando por superada en consecuencia la consabida Jurisprudencia sobre el tratamiento de las cintas magnetofónicas, afirma que «*lo verdaderamente esencial radica en que el juez conozca el contenido del curso de las escuchas*», o sea, que «*lo sustancial es la autenticación de las grabaciones y la posibilidad de conocer su contenido en un soporte (en este caso DVD) que las refleje*».

Pues bien, en orden a tal control de autenticidad, tras recordar que sólo una de las partes había impugnado «*genéricamente sin detallar ni explicar cual es el motivo, las formalidades observadas en la grabación [por lo que] no es posible establecer un debate contradictorio porque se omite cual es la razón de su impugnación*», observa que «*SITEL (...)*

⁷⁶ STS 1215/2009 de 30 de diciembre (Pte: Martín Pallín) [EDJ 2009/314880].

permite sustituir [la] presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas», de donde concluye (FJ 11) que «su alteración es mucho más difícil que la de las cintas del sistema anterior», pues «así como en el antiguo sistema la manipulación, los cortes eran posibles sin saber de forma cierta quien los había realizado materialmente, en el sistema S.I.T.E.L se deja huella identificadora del manipulador ya que debe facilitar su clave de identificación para entrar en el disco duro» (FJ 14). Por lo que, en definitiva, a juicio del Tribunal Supremo **«la autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión».**

Tan contundentes conclusiones acerca de la infalibilidad del sistema se apoyan argumentalmente en una referencia (FJ 12) al Reglamento que desarrolla la Ley de Protección de Datos, publicado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, el cual «contempla medidas de seguridad de nivel alto, que describe en el artículo 101 al disponer que la identificación de los soportes se deberá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permita a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido y que dificulten la identificación para el resto de las personas»; medidas de seguridad que —prosigue la Sentencia— «están previstas y son parte de las garantías que ofrece SITEL». A lo que añade otro argumento de estricto orden jurídico-procesal, atinente a la distribución de la carga de la prueba: «Del mismo modo que hemos dicho que los análisis de los laboratorios oficiales gozan de una garantía de autenticidad y buenas prácticas, lo mismo se debe decir de este sistema, salvo prueba en contrario.»

De manera que, en definitiva, **«el contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, goza de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario,** porque «se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette» (cita, a estos efectos, los arts. 318 y 267 de la Ley Enjuiciamiento Civil) (FJ 16). Y en virtud de todo ello advierte que «si en alguna ocasión las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad, (no siendo «absolutamente descartable una manipulación» —FJ 13— «mediante sofisticadas operaciones de laboratorio» —FJ 14—) deberán explicar suficientemente en que basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema

SITEL (...) un delito que de confirmarse su existencia a posteriori podría dar lugar a la revisión de la sentencia». Debate que, por «coherencia profesional», las partes han de plantear en la instancia, con antelación al juicio oral. Y advierte por último que en tal caso «no se puede pretender (...) que se aporte el ordenador central como documento original» pero sí «una pericia contradictoria que permite, con los actuales sistemas, realizar una auditoría informática que dadas las posibilidades y perfeccionamiento técnico permite supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones».

De ahí —desestimados por todo lo dicho los recursos— la Sala Segunda pasa a un repaso del derecho comparado, y, en virtud de todo ello, expresa la convicción de que «ha llegado el momento de introducir en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ajustándose a las pautas marcadas por el derecho comparado, las modificaciones que se vienen reclamando»⁷⁷.

Sin duda se trata del primer intento de incursión *a fondo* en el problema que plantea la innovación tecnológica que representa el SITEL (volviendo al principio, el debate *¿tecnología vs garantías?*) hasta entonces abordado sólo colateral o fragmentariamente por el Tribunal Supremo. Pero la sentencia tiene un Voto Particular, cuyo contenido es como mínimo —se esté de acuerdo o no con uno u otro parecer— tan interesante como el del juicio mayoritario.

El Voto Particular, suscrito por los Magistrados Marchena Gómez y Maza Martín, se centra en la negativa a reconocer, en contra del cri-

⁷⁷ Reitera, en este punto, la propuesta (que el mismo ponente ya había adelantado en la STS de 13 de marzo de 2009) de que se concrete «el catálogo de delitos (...) que se contienen en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Esta cuestión del catálogo de delitos merece una pequeña observación, en la medida en que, una vez más, los propios avances tecnológicos exigen posiblemente revisar algunas ideas: la Jurisprudencia viene circunscribiendo las intervenciones telefónicas, por razones de proporcionalidad, al ámbito de los delitos graves, y la Ley 25/2007, como se ha visto, también lo hace explícitamente. Sin embargo, las nuevas tecnologías se han incorporado al *modus operandi* de determinados delitos que, sin ser graves *stricto sensu* desde el punto de vista legal (o sea, castigados con pena grave, como dice el art. 13 del Código Penal), presentan una dimensión singular, precisamente por su modo de comisión, o porque su detección e investigación es prácticamente inviable si no es mediante esos nuevos procedimientos tecnológicamente avanzados de rastreo y obtención de datos. Piénsese en las estafas informáticas masivas (*phising*, por ejemplo), en la célebre piratería informática o, aún peor, en la pornografía infantil, que no están castigados con pena grave. Es obvio que el catálogo que la sentencia propugna no sólo es necesario, sino que probablemente también sea imprescindible revisar el conjunto de factores de cuya combinación extraer un parámetro renovado de proporcionalidad. Y a lo mejor también habría que revisar el artículo 282 LECrim, o toda la LECrim, pero, como decían en Irma la dulce, «esa es otra historia...»

terio mayoritario, la presunción de autenticidad que la Sala atribuye a los DVD *volcados* de SÍTEL y puestos a disposición del Juez Instructor. Los Magistrados discrepantes califican esta conclusión de «*retroceso respecto del estado actual de las garantías constitucionales (arts. 18.3 y 24.2 CE)*» y la atribuyen a un «*acto de fe inspirado por las excelencias del software del que se valen los agentes*» reflejado en una serie de razonamientos que «*desenfocan el núcleo del problema, convirtiendo lo que debería ser un debate genuinamente jurídico en un juicio sobre la credibilidad que nos inspira la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*».

El Voto Particular desarrolla ese planteamiento a partir de una distinción entre los **soportes convencionales**, respecto de los cuales —y conforme a la jurisprudencia que citan— «*sólo cuando se impugne la autenticidad de las grabaciones será necesario acudir a medios de prueba adicionales que acrediten la misma*», concretando incluso que «*la convicción sobre la autenticidad de las voces no precisa apoyarse, como presupuesto constitutivo de validez, en una prueba pericial*», y los **soportes electrónicos actuales**. En este último caso, si no se cuestionan las voces, «*sino el procedimiento técnico llamado a asegurar la integridad y autenticidad de tales soportes*», los Magistrados Marchena y Maza entienden que «*la necesidad de despejar cualquier duda sobre las garantías de sellado de los archivos de voz, adquiere un significado especial*», exigiendo «*más allá de la garantía que aporta la firma electrónica*» que tales soportes superen «*el verdadero test de admisibilidad*».

Antes de explicar en qué ha de consistir, a su juicio, ese test, los autores del Voto discordante enumeran una serie de ejemplos de disposiciones legales y reglamentarias que, en diversos sectores de actividad, establecen especiales procedimientos técnicos para acreditar la autenticidad e integridad de determinados documentos, e invocan el Reglamento aprobado por RD 424/2005, la Ley 25/2007 (textos ya reiteradamente reseñados en páginas anteriores), y la Orden ITC/110/2009 de 28 de enero, por la que se determinan los requisitos y las especificaciones técnicas para el desarrollo del Capítulo II del Título V del citado Reglamento. A través de su análisis, los Magistrados Marchena y Maza llegan a la conclusión de que estas normas despliegan una serie de eficaces controles y garantías en la relación de los *agentes facultados* con los operadores, y viceversa; pero no, en absoluto, en el último tramo de la transferencia de la información, entre el agente de Policía y el Juzgado, donde los niveles de seguridad no son «*ni pocos ni muchos*» sino «*absolutamente ninguno*», ya que para esa última etapa «*no hay interfaz que permita el envío de esos documentos al Juzgado de instrucción*».

por vía telemática y mediante canal seguro» (como sí ocurre entre la operadora y la policía) sino que se «recupera el añejo sabor artesanal de las comparecencias personales, aportando un documento cuyo contenido ha de ser acatado sin cuestionar su integridad».

De modo que los Jueces de Instrucción se convierten «en meros receptores de unos soportes electrónicos cuyo contenido no puede apoyarse en otra garantía que la confianza acrítica en la profesionalidad de los agentes que se los proporcionan» y el Secretario Judicial se ve obligado «a suscribir un acto de adveración a ciegas» ya que «no puede dar fe de que el contenido de esos DVDs coincide con un original al que no tiene acceso, pues la oficina judicial —insisten— ha sido excluida de cualquier interfaz que permita el seguimiento de las interceptaciones».

Y es que ésta parece ser, para los Magistrados discrepantes, la clave del «test de admisibilidad» de los soportes aportados que antes se mencionó. Un test que —dicen— debe incluir «el análisis de su integridad, esto es, que el soporte no ha sido alterado; de su autenticidad, o sea, la identificación del sujeto al que se atribuyen las conversaciones y del contenido que éstas reflejan; por último, de su licitud, es decir, de que han sido obtenidos con respeto a los derechos y libertades fundamentales». Exigiendo en los dos primeros apartados, a su vez, dos niveles de autenticidad: en el primero, la garantía de que una vez grabada la conversación el fichero generado en el terminal policial no ha sido abierto con posterioridad, mediante su **sellado tecnológico «sin descartar la posibilidad de que ese sellado pudiera verificarse a través de una interfaz** —repiten otra vez los autores del Voto— **que conectara al Secretario Judicial con el centro de operaciones, garantizándose así una matriz de prueba frente a posibles y futuras impugnaciones**»; y un segundo nivel, afectante a los DVD en que se vuelcan esos archivos, que debería concretarse en un procedimiento técnico que, «inmediatamente después de efectuado el proceso de grabación, (...) active una certificación que garantice: a) Que desde el momento en que culminó el proceso de transferencia de archivos hasta su recepción por el Juzgado, ese DVD no ha sido abierto; b) Que, en consecuencia, no ha existido riesgo de manipulación; c) que quien garantiza la integridad del documento es el funcionario responsable del tratamiento y, por tanto, el único con capacidad de autenticación».

Sobre esa base, los Magistrados discrepantes reprochan a sus compañeros el error de aceptar la autenticidad de los DVD a partir de un análisis *incompleto* de las exigencias de seguridad e integridad, ya que —afirman— el que el acceso del personal de la unidad de policía se realice mediante identificador de usuario y clave personal, «no añade

nada a la solución del problema», pues «el control jurisdiccional de las garantías procesales no puede contentarse con la tranquilidad que proporciona que, de producirse una manipulación, la impunidad no estaría garantizada, o con la idea de que siempre habrá tiempo para un ulterior juicio de revisión. Las garantías deben ser inmanentes al sistema, sin que su afirmación pueda quedar postergada a un momento ulterior, una vez detectada su vulneración».

Y por este camino llegan a la consecuencia jurídico-procesal: «el criterio de la mayoría rechaza lo que considera una genérica impugnación de la autenticidad de los DVDs y reprocha al recurrente que no detalle ni explique cuál es el motivo de su oposición. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, tal razonamiento está operando como si aquellos soportes contaran a su favor con una presunción de autenticidad de la que, desde luego, carecen. Por cuanto antecede, entendemos que la impugnación, oportunamente formulada por una de las partes recurrentes, debería haber obligado al Ministerio Fiscal a asegurar, mediante cualquier prueba complementaria, la integridad y autenticidad de esos ficheros.»

Como puede verse, el interesante debate que no parecía terminar de arrancar a lo largo de toda la serie de *sentencias SITEL* estudiadas, se presenta así en su máximo esplendor... y —tal vez— de nuevo en toda su esplendorosa confusión.

La acusación de *desenfoque* que el Voto Particular lanza contra la opinión mayoritaria de la Sala puede seguramente encontrar cobijo en cierto grado de superficialidad en la argumentación jurídica de la Sentencia. Pero es posible que el *desenfoque* que pueda imputarse a la tesis minoritaria no sea menor, si se atiende a sus consecuencias últimas.

En efecto, la sentencia contiene afirmaciones (con aspecto de) puramente apodícticas, o, como mínimo, difícilmente justificables —si hubiera que estar a su tenor literal— en el sistema constitucional y procesal vigente en España. Es verdad que la incorporación a la *verdad judicial* de las características y los detalles de funcionamiento del sistema SITEL, que en la Sentencia de 13 de marzo de 2009 se había producido mediante la mera transcripción de un oficio policial dirigido al Juzgado de Instrucción, luego reproducida en sentencias posteriores, se ve completada y avalada en este caso —así parece deducirse de la propia Sentencia— por la declaración testifical de los agentes que operan el sistema⁷⁸. Pero lo cierto es que la proclamación solemne de que

⁷⁸ Cfr., sobre esta forma de introducción por vía testifical del modo en que se ha producido la intervención, la apreciación contenida en la STS de 12 de noviembre de 2009, que más arriba se comentó.

«**la autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión**» resulta inevitablemente chocante, porque tal cosa no puede ser objetivamente deducida sin más —como apunta el Voto particular— de la referida prueba, ni de ninguna otra a que la Sala Segunda haga referencia. Máxime cuando, según observan también los Magistrados discrepantes, el único soporte en que se apoya esa afirmación es que resulta muy difícil manipular las grabaciones (*¿con sofisticadas técnicas de laboratorio?*), y en todo caso que si tal manipulación llega a producirse el sistema registra el acceso y queda huella de tal manipulación. Hecho éste (el del registro del acceso) que, en efecto, sí cabe inducir *notoriamente* de las especificaciones técnicas reguladas en el Reglamento y la Orden Ministerial que cita el Voto Particular, pero que no impide en absoluto la existencia posible de la manipulación misma, y por tanto permite *discutir* en el juicio, desde luego, la autenticidad del contenido de los discos, sin perjuicio de que descubierta tal manipulación (aquí también hay una hipótesis de incontrovertible base jurídica) se pueda revisar la sentencia. Lo que, por cierto, lejos de dejar *fuera de discusión* la autenticidad e integridad de las grabaciones, más bien vendría a confirmar que tales posibles defectos (luego confirmados nada menos que en una sentencia condenatoria por delito dictada contra quienes efectuaron tal manipulación) hubieran debido —si no lo fueron— haberse *discutido*.

En el extremo opuesto, sin embargo, el nivel de exigencia al que pretende elevar el Voto Particular los requisitos de lo que denomina *test de admisibilidad*, puede conducir como se ha dicho a un *desenfoque* aún mayor del problema. En su planteamiento inicial, los Magistrados discrepantes dicen que la razón de su disconformidad se centra en una indebida presunción de credibilidad de las actuaciones policiales, que entienden carente de soporte legal. Pero en realidad acaban elaborando toda una doctrina sobre la *suficiencia del sistema*, que, de cubrirse sus demandas, no es que (indudablemente) incrementaría el nivel de garantías: es que más bien extraería prácticamente esta materia del ámbito de la valoración judicial, puesto que *blindada* la seguridad hasta el extremo de automatizar y *sellar* el proceso desde que se interviene la comunicación hasta que el Secretario Judicial accede al registro, el objetivo parece ser eliminar todo margen de duda acerca de la validez de la prueba.

Sin embargo, aquí es donde la tesis minoritaria, llevada a sus últimas consecuencias, se acerca al mismo error que sus autores atribuyen a la Sentencia: el reforzamiento de los requerimientos técnicos, aun en los términos que propugnan, no podría en ningún caso ofrecer seguridad absoluta frente a una eventual manipulación, por

más que la hiciera aún más difícil de efectuar y más fácil de detectar (pensemos, por ejemplo, en la connivencia del Secretario Judicial, que sí cuenta a su favor con una *presunción de autenticidad*, pero que puede hipotéticamente quebrantarla). Al final, el punto de llegada de tan largo viaje argumental es el mismo: se niega con razón una presunción *absoluta* de autenticidad que la ley no establece, para acabar sustituyéndola por otra de apariencia no menos dogmática (en el sentido canónico del término): con el *test de admisibilidad*, la grabación sería incuestionable. Pero el propio Voto Particular viene a reconocer que no es así, volviendo en su última parte al marco estrictamente jurídico-procesal: el problema no es —o no es sólo— hasta dónde llegue objetivamente la seguridad, sino cómo se ventilan las impugnaciones que, por inverosímiles que puedan resultar, formulen las partes cuestionándola.

Y esto es lo que precisamente trata de solventar la Sentencia, intentando fijar —puede que con un discurso no del todo afortunado— un *canon* de valoración judicial para resolver la duda planteada por los recurrentes: sólo en la medida en que la impugnación pueda ser apreciada como razonablemente *seria*, basada en la denuncia de una irregularidad concreta en el proceso de obtención, grabación o traslación de los datos al procedimiento, —esto es, cuando el Tribunal aprecie indicios de credibilidad, o por lo menos conducentes a la duda, en la alegación del quejoso— resultarán necesarias para apreciar la validez de la prueba las comprobaciones oportunas (la propia Sala se refiere a la pericial de cotejo) dirigidas a descartar —o confirmar— la manipulación. La mera alegación ritual o formularia de que tal manipulación *puede* haberse producido, sin más detalles, no tiene por qué —puesto que de distribución de la carga de la prueba estamos hablando— gozar de un tratamiento procesal distinto del que corresponde a la afirmación de que un testigo está mintiendo, o a la de que —sin principio de prueba alguno— un documento es falso. De hecho, más arriba hemos subrayado un razonamiento similar incluido (en términos más ajustados a la técnica procesal, ciertamente) en la STS de 12 de noviembre de 2009, frente a la alegación de que la grabación estaba manipulada *«pero sin justificar con algún dato o elemento más o menos convincente esa supuesta posibilidad meramente especulativa y olvidando, por otra parte, que es función privativa del Tribunal a quo la valoración de las declaraciones de quienes deponen ante el mismo en condiciones de inmediación, contradicción y oralidad»*. No se trata de creer *ciegamente* a la Policía, sino de no dar pábulo *ciegamente* a cualquier alegación de la defensa, por infundada, obstruccionista o fraudulenta que pueda revelarse.

Frente a esa línea de razonamiento relativa a la distribución de la carga de la prueba, el Voto Particular no explica por qué un avance tecnológico —la *posibilidad* de mejorar la seguridad— habría de incidir forzosamente y negativamente en el margen de apreciación judicial. Por qué —como sostiene— el régimen jurídico procesal ha de ser distinto para los *soportes convencionales* y los *soportes electrónicos actuales*.

No cabe duda de que la guía para *el test de admisibilidad* que se incrusta en el Voto Particular puede aceptarse y hasta compartirse en el terreno de la crítica política, o de la exigencia a los Poderes Públicos para que doten a la Justicia de medios razonablemente acompasados a la realidad de nuestro tiempo y a las posibilidades que la tecnología ofrece para mejorar la calidad de su actuación. Ese parece ser —y en este punto es difícil no compartir su inquietud— el hilo conductor de toda la argumentación: si se puede integrar el sistema, extendiendo la seguridad que rige la relación operadora-policía a la relación policía-juez, o incluso entablar una relación operadora-juez, ¿por qué no se hace?

Pero no dar un paso (ese paso) hacia adelante no significa, como pretende el Voto particular en su introducción, *retroceder*. Hemos visto reiteradamente que las sentencias *Kruslin* y *Huvig* vinculaban de manera profética las exigencias del proceso penal con el avance de la técnica. Es indudable que la mayor capacidad de penetración de la tecnología exige intensificar las garantías. El Estado ha cubierto —como el Voto Particular reconoce— de forma razonablemente satisfactoria el área de protección extrajudicial (la relación operadora-agente facultado); el segundo tramo, policía-juez, permanece ciertamente huérfano de protocolos y sistemas de seguridad técnicos análogos, y sería mejor que los hubiera. Pero también es verdad que *ahí hay un juez*. Tampoco es disparatado que el Estado de Derecho le confíe, en el marco de un proceso contradictorio, la tarea de sustituir —¿esperemos que transitoriamente?— a la máquina, o por lo menos de velar por las garantías que ésta podría *sellar*.

Es verdad que algunas afirmaciones concretas de la Sentencia, como las que se han comentado, son difícilmente sostenibles. Pero de ahí a estimar que las omisiones o los defectos de un protocolo de seguridad informática constituyen un obstáculo insalvable para la validez de una prueba, de modo que lo que antes se hacía por métodos rudimentarios y el sistema jurídico fue capaz de homologar mediante una serie de garantías procesales que dotaron de *calidad a la ley*, hoy no pueda ser homologable más que instalando terminales de ordenador en la Secretaría de los Juzgados, va demasiada distancia. Recuérdese el ingenioso, sencillo (aunque trabajoso), lógico y jurídicamente intachable

procedimiento de cotejo que empleó la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía en el caso resuelto por la STS de 23 de marzo de 2009.

Una vía tan formalista como la que, es posible que inintencionadamente, parece abrir el Voto Particular, generalizable incluso a otras modalidades probatorias, podría extender la impresión —que no faltará quien tenga la tentación de fomentar, en pos de espurios artificios de impunidad— de que determinados avances tecnológicos hacen *per se* insalvable (es decir, inevitablemente nula) cualquier prueba obtenida a través de ellos, si no van acompañados de una profunda y compleja reforma legal que adapte el proceso penal a las específicas características técnicas del aparato o el procedimiento en cuestión. Esa deriva sería, a todas luces y por muchas razones, (injustificadamente) peligrosa.

Otra cosa es, ciertamente, que el Legislador español no sea capaz, después de varias décadas de condenas y advertencias en todos los foros jurisdiccionales, por esta razón y por otras parecidas, de ponerse en movimiento para llevar a la ley (donde dice la Constitución que tiene que estar), con la flexibilidad y la apertura de miras que exige el vertiginoso avance social, económico y tecnológico, un sistema de garantías propio de un Estado de Derecho avanzado. O —peor aún— siga empeñado en intentar *modernizar* (y por tanto consolidar) con inversiones multimillonarias un sistema de hace dos siglos, en lugar de sustituirlo por otro más eficiente y propio de nuestros días. Eso acabará siendo —si no lo es ya— más peligroso aún.

Las limitaciones o privaciones de libertad durante el proceso

Manuel Ayo Fernández

Magistrado. Audiencia Provincial de Bilbao

I. Introducción

Siempre me ha gustado, por tratar de ser congruente con lo que se va a analizar, efectuar una referencia con mayor o menor amplitud sobre lo que vamos a exponer, pero cuando se trata de un tema como el que titula el presente trabajo antes de ponernos en esa labor tenemos que justificar el mismo título.

Utilizando los términos «limitaciones» o «privaciones» ponemos de relieve que nos estamos refiriendo a las limitaciones más graves o intensas de la libertad respondiendo al entendimiento más corriente de los mismos.

Así cuando se hacía referencia a las privaciones de libertad se estimaba que englobaba los casos que limitaban la libertad personal y ese término también lo ha usado el art. 17 de la CE que habla de que «nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley». Sin embargo, tales privaciones de libertad implican una limitación plena de la libertad personal, una ablación absoluta de la misma. Junto a ellas son teóricamente admisibles otro tipo de limitaciones de esa misma libertad que tienen un carácter más leve o menos intenso —más benignas para la libertad— que podríamos denominar «restricciones de libertad»¹.

Por lo tanto, nosotros vamos a dedicarnos a estudiar las limitaciones plenas de libertad, las denominadas privaciones de libertad mientras el proceso se desarrolla, como son la detención y la prisión

¹ Banaclóche Palao, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 56

provisional pero sin olvidarnos de la libertad provisional por su dependencia de que aquellas dos, dejando fuera, por un lado, las penas privativas de libertad en cuanto constituyen la fase de ejecución de la sentencia y su estudio es ajeno al transcurso del proceso y por el contrario es materia propia del derecho penal, lo que no significa que el art. 17 CE no alcance a aquellas, y, por otro lado, las restricciones de libertad, lo que no impide el que las mencionemos a efectos dialécticos y las limitaciones a la libertad de circulación y residencia como son en la actualidad las llamadas prohibiciones de acudir o residir en determinados lugares y que integran lo que se denominan medidas de alejamiento u orden de protección.

En cualquier caso, lo que procede inicialmente es tratar de delimitar los contornos de la libertad como derecho fundamental de las personas con independencia de cualquier circunstancia o condición social o de otra naturaleza.

II. La libertad

La libertad se caracteriza, en primer término, por ser un derecho fundamental del ser humano, según se desprende del art. 17.1 CE que lo reconoce expresamente y su incardinación sistemática en el Tit. I, Cap. II, Sec. 1.ª CE «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

Pero además de esta dimensión posee otra de mayor alcance al expresar la Constitución en el párrafo 1.º del Preámbulo como justificación del texto elaborado tras el proceso constituyente que «la nación española deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: ...», situando a la libertad en el mismo plano que la justicia y la seguridad como un bien o valor esencial y trascendente a cualquier texto constitucional que justificaba su elaboración.

Con estos presupuestos la libertad no podía por menos que constituir un valor superior del ordenamiento jurídico y así lo reflejó el Título Preliminar de la CE al establecer el art. 1.1 que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Su naturaleza de valor superior le convierte por sí mismo en un objetivo o fin del legislador porque el Estado que se constituye y que se califica como «social y democrático» tiene que aspirar, para llegar a serlo, a que primen por encima de otros bienes los mencionados como

valores superiores del ordenamiento jurídico y por eso no los proclama ni los establece sino «los propugna» correspondiendo a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo...sean reales y efectivas...», (art. 9.2 CE) constituyendo «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, [...] son el fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1CE) y siendo la libertad, junto con otros derechos fundamentales en cuanto forman parte de la esencia del ser humano, el fundamento de la vida política y social del Estado.

Pero destacábamos que la libertad posee un significado o una dimensión más subjetiva o personal que es la de constituir un derecho fundamental según el art. 17.1 CE cuando reconoce a toda persona el derecho a la libertad y seguridad, debiendo desentrañar su contenido.

Desde una concepción liberal se viene expresando que la libertad es la capacidad de autodeterminación y contra ella conspira no sólo toda forma de violencia sino el uso de cualquier medio apto para condicionarla y desde otra perspectiva es la ley el origen y el fin de la libertad, no siendo reducible la libertad personal a la de movimientos, por lo que se considera el derecho a la libertad como el derecho a la autodeterminación frente a una visión restrictiva —por el TEDH en relación con el CEDH— que lo considera como la libertad individual en sentido clásico, es decir, la libertad física de la persona concluyendo que los términos el derecho a la libertad y la seguridad aluden a un todo comprendiéndose la seguridad dentro de la noción de libertad, y de este modo si el derecho a la libertad protege al individuo frente a cualquier privación de libertad, el derecho a la seguridad le amparará frente a cualquier arbitraria intromisión de los poderes públicos en esa libertad².

Desde otra perspectiva diferente se considera que no se puede estudiar la libertad en un sentido genérico sino que ésta se concreta en facultades susceptibles de un tratamiento diferenciado y por eso, por razones prácticas, puede hablarse de una libertad física como libertad de movimientos en el espacio denominada libertad circulatoria, ambulatoria o de movimientos frente a la libertad espiritual que englobaría las libertades ideológica y de expresión y que persistiría aún cuando la primera resultara restringida o eliminada³.

² Pedraz Peñalva, E. «El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 del CEDH)» en VV. AA. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, Vol. II, págs. 91 s.

³ Banacloche Palao, J., *op. cit.*, págs. 7 s.

Esta libertad física se define como la facultad inherente a toda persona de moverse libremente en el espacio sin otras limitaciones que las condiciones del medio en el que pretende actuar⁴, y es esa libertad de movimientos la que establece el art. 17 CE cuando reconoce el derecho a la libertad.

Y junto a ese derecho a la libertad se reconoce también el derecho a la seguridad personal que no es más que un aspecto muy concreto constituyendo la dimensión personal de esta, es decir, el derecho que tiene un individuo a impedir toda ingerencia no deseada en el devenir físico de su existencia⁵, siendo realmente el derecho a la libertad del art. 17 CE el derecho a la seguridad, entendido como el derecho «a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares, que adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones» (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ. 2.º)⁶.

A su vez, esta libertad ambulatoria es diferente de otras libertades también con componentes físicos o de movimiento, como son el derecho a la libertad de circulación, residencia, entrada y salida (art. 19) o el derecho a la reunión y manifestación (art. 21)⁷, y por eso deben quedar fuera de nuestro estudio ciertas limitaciones a la libertad como las prohibiciones de residir o de acudir a determinados lugares en cuanto afecta al derecho a la libre circulación, de residencia, y de entrada y salida del art. 19 CE.

III. Las limitaciones o privaciones de la libertad en el ordenamiento jurídico español según el Tribunal Constitucional

La libertad personal del art. 17 CE como derecho fundamental ha sido contemplado e interpretado en sus sentencias por el Tribunal Constitucional tratando de fijar su contenido y alcance, siendo las primeras de ellas la STC 11/85, de 30 de enero —sobre detención de un extranjero para su extradición—, la 103/85, de 4 de octubre —sobre la

⁴ *Ibidem*, pág. 8.

⁵ *Ibidem*, pág. 54.

⁶ *Ibidem*, págs. 54 y 55; Vid también nota 17, pág. 55 citando las SSTC 126/87, de 16 de junio, FJ.4 y 61/90 FJ. 5.

⁷ Vid. *Ibidem*, págs. 49 ss.

realización de la prueba de alcoholemia—, la 107/85, de 17 de octubre —en la que por fin se discute si la retención para la realización de unas pruebas de alcoholemia es o no una detención preventiva y por lo tanto le son o no de aplicación las garantías previstas en el art. 17.2 y 3—⁸; la siguiente es la STC 178/85, de 19 de diciembre, —sobre el arresto del quebrado—, en cuyo FJ 3 se establece: «ni se agota en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, como resulta de una lectura del precepto y de su interpretación (como manda el art. 10.2 de la Constitución) a la luz de los textos internacionales, (en lo que ahora interesa, del art. 5.º de la Convención Europea), ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad. La restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible, como revela, por lo demás, el art. 5.º citado, al establecer los supuestos en que el derecho a la libertad se limita, y al enumerar, junto al referido a un hecho delictivo, otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad. El art. 17.1 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley, que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación», hasta que, se dictó la STC 98/86 de 10 de julio en cuyo FJ 4.ª se establece que «debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona».

Según la interpretación más extendida es que en ese mismo momento el TC está admitiendo que la detención es una pura situación

⁸ Según Banacloche Palao, J., *op. cit.*, pág. 60 parece que el Tribunal Constitucional distingue entre «retención» vinculada a las labores administrativas de preservación de la seguridad ciudadana que no es una verdadera privación de libertad y a la cual no le es aplicable lo dispuesto en el art. 17.3 CE, y la constitucionalmente relevante «detención preventiva» que viene determinada por la presunta comisión de un hecho punible y a la que se refieren los apartados 3 y 4 del art. 17 CE.

fáctica en la que un individuo se ve impedido u obstaculizado para autodeterminarse y que puede originar dos situaciones diferentes: la restricción de libertad —denominada retención— que se origina por la realización de actuaciones derivadas de normas de carácter administrativo y que no se ve afectada por las garantías de los apartados 2 y 3 del artículo 17 CE, y la privación de libertad que tiene a su vez varias modalidades de entre las que destaca la detención preventiva contemplada en el art. 5.1.c) del CEDH y en los apartados 2 y 3 del art. 17 CE vinculada a la presunta comisión de un ilícito penal y generadora de la aplicación de las garantías que establece la Constitución⁹.

Esta doctrina se vería corregida posteriormente por la STC 341/1993, de 18 de noviembre a consecuencia de la redacción del art. 20 LO 1/1.992 de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana; destaquemos que en el FJ. 4.º se viene a establecer que la identificación en dependencias policiales es más que una mera inmovilización de la persona instrumental de indagación o prevención y se considera como una modalidad de privación de libertad; en el FJ. 5.º, se justifica su constitucionalidad porque es un instrumento utilizado en los casos que la necesidad de la identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer para sancionarlo a un infractor de la legalidad, estableciendo su compatibilidad con el art. 5.1 apartado b) del CEDH al prever las detenciones por cumplimiento de un deber legal; finalmente el FJ 6.º es el que resulta esencial en el cambio de orientación en cuanto a la extensión de las garantías de los apartados 2 y 3 del art. 17 a esta situación, y así se establece que los derechos y garantías que dispone el art. 17.2 y 3 CE corresponden al afectado por una detención preventiva, siendo el detenido el afectado por una medida de privación de libertad de carácter penal lo que no significa que no sea tenido en cuenta en otros supuestos de privación de libertad distintos de la detención preventiva, viniendo a concluir que el precepto no es inconstitucional respecto a las garantías del art. 17.2 CE en cuanto a la limitación temporal señalando que, aunque no se acomoda la finalidad de identificación de la medida a las previsiones del art. 17.2 CE, en tanto este expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial no puede dejar de inspirar la regulación de los demás casos de pérdida de libertad diferentes al típico de la detención preventiva, por lo que al no poderse prolongar más allá del «tiempo imprescindible» la diligencia de identificación ca-

⁹ *Ibidem*, pág.64.

recía de fundamento el reproche basado en la indefinición temporal de la medida en cuestión.

En cuanto a las garantías del art. 17.3 CE, sólo considera de aplicación la garantía de ser informado inmediatamente y de modo comprensible de las razones del requerimiento, dejando fuera lo relativo a la exclusión de la obligación de declarar y aseguramiento de la asistencia del abogado que hallan su razón de ser en la detención preventiva y no se adecuan al supuesto de privación de libertad considerado.

Por su parte el TS, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, en el Auto de 16 de febrero de 2000 FD 1.º (RJ 2000/2079)¹⁰ viene a distinguir entre la detención y las simples retenciones, y que nos revelan las distinciones que antes hemos realizado entre «privaciones de libertad» y los demás supuestos de restricciones de este derecho.

IV. La libertad en el proceso penal

El proceso penal tiene como objetivo la realización del *ius puniendi* perteneciente al Estado en condiciones de justicia¹¹ pero también como señalan otros autores, tiene otras funciones como la protección del derecho a la libertad, esto es, el proceso penal también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente¹², lo que no es obstáculo para que previamente se puedan adoptar medidas que privan al ciudadano de su libertad con el propósito de hacer posible el instrumento procesal.

El proceso penal tiende en pos de este y otros objetivos al dictado de una sentencia para efectuar la anterior declaración —lo que no excluye la finalización mediante otras resoluciones motivadas como los

¹⁰ «La doctrina de esta Sala, inspirada en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, es uniforme, pacífica y constante al señalar la nítida distinción entre la detención contemplada en el art. 17.2 y 3 CE, y las simples retenciones o provisionales restricciones de la libertad que requieren de modo inevitable la práctica de determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria «stricto sensu», como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación o los cacheos, diligencias policiales que se hallan amparadas por los artículos 1.1. f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986, 788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (véase STS de 27 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6761], entre otras muchas) (STS 9-4-1999 [RJ 1999, 3111])».

¹¹ López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, 3.ª ed., págs. 100 s.

¹² Gimeno Sendra, V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1.999, 3.ª ed., pág. 44.

autos de sobreseimiento provisional o libre—, pero, para ello, el objeto procesal determinado por la existencia de un imputado, procesado o acusado, requiere de la presencia de un sujeto personal sobre el que incide el proceso, quien puede no querer ninguna relación con los juzgados y tribunales y por ello pretende ocultarse o negar su comparecencia ante los órganos judiciales haciendo necesaria la adopción de la inicial medida privativa de libertad, la detención, en especial la policial, que tendría como finalidad la puesta a disposición judicial de dicho sujeto.

Además, y en orden a la celebración del juicio oral como antecedentes del dictado de la sentencia, o para la consecución de otras finalidades constitucionalmente legítimas puede ser necesario adoptar otras medidas privativas de libertad que tienen una duración superior como es la prisión provisional u otra que sin llegar a tener este alcance limitan la libertad como ocurre con la libertad provisional.

Por lo tanto, estas medidas limitativas o privativas de libertad revisten una clara naturaleza cautelar, además de personal porque afectan a la persona en su libertad física, y se caracterizan por las siguientes notas:

- 1) Su instrumentalidad, porque son medidas adoptadas para la consecución de las finalidades o funciones del proceso penal, como acabamos de indicar.
- 2) Su excepcionalidad; la regla general es que el individuo es libre en sus decisiones y en sus movimientos de suerte que al no ser el derecho a la libertad un derecho absoluto puede limitarse en función del interés público que pretende satisfacerse a través del proceso penal.
- 3) Su sometimiento al control jurisdiccional (denominada jurisdiccionalidad) porque estas medidas tienen un origen judicial o no teniéndolo están sometidas al control de los jueces y tribunales como sucede con la detención preventiva (policial).
- 4) Su carácter temporal o provisional, porque no tienen carácter definitivo, y a su vez pone en evidencia su necesidad como razón de ser de su adopción y/o mantenimiento.
- 5) Su proporcionalidad; estas medidas solo pueden adoptarse en cuanto sean proporcionales para el fin que se persigue, de suerte que su adopción requiere previamente de la valoración de la entidad de los hechos aparentemente delictivos y la finalidad que se pretende conseguir.¹³

¹³ Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 475, considera entre los elementos de las medidas cautelares la jurisdiccionalidad, la instru-

V. La detención

1. Concepto

Es una medida cautelar por la que se priva de libertad a una persona con la finalidad de ponerla a disposición judicial¹⁴.

Por su propia esencia la detención es una medida de corta duración pero como medida de privación de libertad debe de estar regida por los principios de legalidad y el de proporcionalidad.

En cumplimiento del principio de legalidad sólo puede procederse a la detención «en los casos y en la forma previstos en la ley» como establece el 17.1 CE y en parecidos términos el 489 LECRIM, lo que se garantiza procesalmente mediante el procedimiento de *habeas corpus* previsto en el art. 17.4 CE y regulado en la LO 24 de mayo de 1984 y materialmente mediante la previsión del tipo penal de detenciones ilegales (arts. 163.4, 165-168, 530-532 CP) y a través del ejercicio de la pretensión civil resarcitoria a la que se refiere el art. 5.5 CEDH o el art. 1902 C. Civil¹⁵.

Por el principio de proporcionalidad, sólo debe adoptarse la detención cuando no existen otras medidas menos restrictivas para cumplir sus fines, como sucede con la citación para comparecencia prevista en los arts. 486-488 LECRIM de lo que se deduce que, salvo que la ley disponga otra cosa o que proceda desde luego la detención como establece el art. 486, el imputado deberá ser citado para ser oído; si no comparece o no justificase causa legítima que se lo hubiese impedido es cuando podría ordenarse la detención (art. 487 LECRIM).

La detención se regula en el Cap. II, Tít. VI, del Libro II LECRIM (arts. 489-501) y aunque su sola lectura pone en evidencia su falta de adecuación a las diversas reformas procesales y al nuevo Código penal de 1.995 con una diferente terminología sobre penas, sin embargo, en la última reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, como su objeto era actualizar la función del Secretario Judicial en el proceso en modo alguno se ha realizado ninguna modificación.

mentalidad, la provisionalidad y la homogeneidad, pero respecto de esta última nota estiman que «de *lege ferenda* debería modificarse... y transformarlas en menos homogéneas o más autónomas que las de ejecución, porque la vinculación del imputado al proceso, el obtener su futura personación en el juicio oral, no tiene siempre que pasar por la negación de su derecho a la libertad».

¹⁴ López Barja de Quiroga, J., *op. cit.*, pág. 720.

¹⁵ Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 476.

2. Clases

A. LA DETENCIÓN POR PARTICULARES, POLICÍAS O AUTORIDAD JUDICIAL

La detención que se contempla en esos preceptos es la que puede llevar a cabo el particular para quien se concibe como una facultad y no como una obligación (art. 490), lo que es una previsión lógica porque no se le puede exigir a ningún ciudadano no perteneciente a cuerpos policiales que ponga en riesgo su integridad física para detener a un delincuente; también la que lleva a cabo la autoridad o agente de la policía judicial prevista en el art. 492 LECRIM y para los cuales constituye un deber cuyo incumplimiento podría dar lugar en algún caso a la comisión de un delito como el del artículo 450 del Código penal, y, por último la que realiza la autoridad judicial a prevención con las autoridades y agentes de la Policía Judicial (arts. 494 y 763 LECRIM), pero también en los casos en los que se incumple la obligación de comparecer a la que aludimos (art. 487 LECRIM), previéndose también en el art. 684 párrafo III LECRIM que pueda acordar la detención durante las sesiones del juicio oral a quien delinquire durante las mismas.¹⁶

B. LAS DETENCIONES ESPECIALES

Fuera de estos preceptos nos encontramos con otro tipo de detenciones que no son objeto de análisis como la que se efectúa para el internamiento y posterior expulsión al extranjero prevista en la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social recientemente modificada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre, la de los indocumentados del art. 20, LO 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana, la de personas sujetas a extradición regulada por la LEP de 21 de marzo de 1985, e incluiremos también las de las personas que son objeto de una ODE (orden de detención europea) en cuanto supone también un procedimiento de extradición de trámites abreviados que se regula en la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

¹⁶ López Barja de Quiroga, J. *op. cit.*, pág. 728 incluye este último supuesto dentro de las detenciones que pueda acordar el juez durante el proceso, pero Pedraz Peñalva, E., *op. cit.*, pág. 109 lo considera desde la perspectiva de su trabajo que al igual que la conducción del testigo a presencia judicial del art. 420 LECRIM se trataría de una privación de libertad por desobediencia a una orden judicial o para conseguir el cumplimiento de una obligación establecida por la ley del art. 5.1 b) del CEDH).

C. LAS DETENCIONES IMPUTATIVAS

La detención en relación con el proceso penal a incoar o en curso realizada por los antes indicados —particulares, policías y autoridad judicial,— pueden suponer privaciones de libertad dirigidas a asegurar el proceso penal (art. 5.1 c) CEDH), que son las denominadas detenciones imputativas que tienen por causa la realización de un hecho penalmente perseguible y que pretenden poner al detenido a disposición del juez que está realizando o va a comenzar la instrucción¹⁷, o, privaciones de libertad que no tengan esa relación como ocurre con los supuestos de los números 3.º, 4.º, 5.º y 7.º *in fine* del art. 490 LECRIM en que ya existe una condena en virtud de sentencia firme y por tanto la detención tiene que ver con la ejecución y no con el desarrollo del proceso.

Dentro de estas denominadas detenciones imputativas tenemos que distinguir entre detenciones efectuadas por los particulares, por la policía y por autoridad judicial.

a. La detención por particulares¹⁸

Es la que podría practicar cualquier persona según el art. 490 *in initio* LECRIM, y se reducirá a los siguientes supuestos:

- 1) Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo (n.º 1)
- 2) Al delincuente «in fraganti» (n.º 2)
- 3) Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente (n.º 6)
- 4) Al procesado que estuviere en rebeldía (n.º 7) —queda fuera el condenado rebelde—.

Los dos primeros supuestos plantean el problema de su diferenciación existiendo la tendencia a englobarlos bajo la denominación del delito flagrante considerando redundante el n.º 1.º del artículo 490 LECRIM, porque el que va a cometer un delito está realizando un acto preparatorio punible o ha iniciado la ejecución y el delito flagrante supone el estar realizando la parte central del tipo penal¹⁹.

La definición del delito flagrante se contiene actualmente en el artículo 795.1.1.ª LECRIM que establece a efectos del enjuiciamiento rá-

¹⁷ Banacloche Palao, J., *op. cit.*, págs. 278 y 282.

¹⁸ A la que Banacloche Palao, J., *op. cit.*, pág. 294 denomina «detención espontánea».

¹⁹ Queralt J., Joseph y Jiménez Quintana Elena, *Manual de Policía Judicial* Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1989, 2.ª ed. pág. 67.

pido de determinados delitos que es delito flagrante «el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

Los supuestos de los n.º 6 y 7 podrían también ser reducidos a los supuestos de rebeldía porque el artículo 835 n.º 2.º LECRIM establece como presupuesto para llamar por requisitorias y, en último término, para declarar la rebeldía al que se hubiere fugado del establecimiento en que se hallase detenido.²⁰

El particular tendrá que justificar al que detuviese, si este lo exigiere —lo lógico es que lo hiciera— «haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior» (art. 491), pero a continuación deberá ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial más próxima al lugar en el que hubiese hecho la detención dentro de las 24 horas siguientes al acto de la misma (art. 496), lo que no se justifica porque al no tener que realizar ninguna diligencia de investigación o identificación tal plazo es innecesario.²¹ Aunque el precepto se refiere al Juez si el proceso penal no se ha iniciado o se trata de los supuestos de delito *in fraganti* bastará con ponerlo a disposición de los agentes de la Policía, y por otro lado hay que destacar que aunque el detenido goza de determinados derechos no es necesario que justificada la detención se proceda por el profano —el particular, salvo que se trate de un policía que no esté de servicio— a dicha lectura de derechos, debiendo efectuarla, la autoridad competente.

b. La detención policial²²

Es la que practican los agentes policiales dentro del ámbito funcional que les es propio y por tanto constituye una obligación como establece el art. 492 *in initio* LECRIM.

²⁰ Así Banacloche Palao, J., *op. cit.*, pág. 298)

²¹ Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 482.

²² Banacloche Palao, J., *op. cit.*, pág. 309, adjetiva la detención policial como preventiva.

Dicha detención se producirá en los casos establecidos en el art. 492 en los supuestos siguientes:

- 1) Los ya mencionados casos del art. 490 (n.º 1, 2, 6 y 7)
- 2) Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada pena superior a la de prisión correccional en el CP.

Respecto de este apartado el principal problema es que está utilizando una terminología obsoleta y no corregida en las reformas procesales y así la cuestión es qué se entiende por prisión correccional. Aunque la Circular de la Fiscalía General del Estado n.º 2/1996 mantenía que era equivalente a pena que no excediere de 6 años, en la práctica se venía equiparando la prisión o pena correccional a la pena de prisión menor, y en virtud de la DT 11.^a 1.c de LO 10/1995, de aprobación del CP, que equipara la pena de prisión menor a la pena de prisión de 6 meses a 3 años, se estimó que por pena superior a prisión correccional había que considerar a la pena superior a 3 años de privación de libertad.

3) Al procesado por delito al que esté señalado pena inferior si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial y salvo que preste en el acto «fianza bastante».

Ciertamente parece difícil que se pueda procesar exclusivamente al sujeto de un delito al que esté señalado pena inferior a los 3 años de prisión y es evidente que estas desincronizaciones temporales se deben a las diversas reformas de los procedimientos penales y su inadecuación a las penas establecidas en el Código penal; así desde que se estableció el procedimiento abreviado por LO 7/1988, de 28 de diciembre para el enjuiciamiento de los delitos castigados con una pena no superior a prisión mayor —a 12 años— hasta las sucesivas reformas en que ha quedado reducido a 9 años de privación de libertad (en el art. 757 LECRIM), y tras la aprobación del nuevo Código penal, debió haberse modificado esta materia y, sin embargo, no se hizo y, a pesar de las reformas puntuales, el actual art. 763 LECRIM faculta a los Juzgados y Tribunales para adoptar la detención remitiéndose a las reglas generales que siguen por tanto inalterables e irreformables al paso de los tiempos.

En definitiva, estas inadecuaciones y la reducción temporal de las penas suponen a la postre una gran ampliación de las facultades de la policía y jueces para proceder a la detención del individuo que participe en un hecho delictivo.

La excepción prevista relativa a la constitución de la fianza bastante resulta en la práctica inútil por inaplicable por cuanto no es la policía quien establece fianzas pecuniarias «para asegurar situaciones perso-

nales» sino el juez (arts. 528 y ss LECRIM) y cualquier otra modalidad de garantía resultaría poco apropiada al caso.

No resulta adecuada la referencia al procesado en el artículo 492.2.º y 3.º LECRIM porque en esta situación procesal el que podría acordar la detención sería el propio Juez sin que resulte procedente que el agente policial pondere, en atención a los antecedentes o circunstancias del hecho, si comparecerá o no cuando fuere llamado por la autoridad judicial como establece el n.º 3 del art. 492, sino que en todo caso tendría que ser el Juez Instructor quien la acuerde²³.

4) Al que estuviese en el caso del número anterior aunque no se hallase procesado cuando concurren las dos circunstancias siguientes: 1.º Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho delictivo. 2.º Que los tenga bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él.

Es el típico caso de la detención preventiva realizada por los agentes policiales pero no deja de estar exenta de cierta dificultad en las valoraciones que tiene que realizar el policía para proceder a la detención y así, en primer lugar, tiene que tener motivos «racionalmente bastantes» de la comisión de un hecho delictivo, y, en segundo lugar, que los tenga de la participación en el de la persona a la que se va a detener, siendo también la razonabilidad lo que debe permitir efectuar sus deducciones²⁴, a lo que debe añadirse que debe tratarse de una persona no procesada por un delito castigado con pena inferior a prisión de 3 años al que por sus antecedentes o circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá al llamamiento judicial²⁵.

Por último, si el agente policial no detuviese a la persona por no hallarse comprendida en ninguna de los supuestos del art. 492 estaría obligado a efectuar una reseña de su identidad (nombre, apellidos, do-

²³ De Porres Ortiz de Urbina, E., «La detención», en VV.AA., *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, 2007, n.º 46, pág. 513, afirma que el único competente para acordar la detención de los procesados es el Juez o Tribunal competente, pues, caso contrario, se podría contradecir lo que estos hubiesen resuelto en la pieza de situación personal.

²⁴ *Ibidem*, pág. 514; según este autor «parece necesario que exista un principio de prueba que permita establecer esa presunción sin que baste la mera sospecha carente de un mínimo apoyo probatorio».

²⁵ *Ibidem*, pág. 514 s. Según el autor citado «El art. 492. 4 ha de interpretarse en conexión con el párrafo anterior del que constituye una especialidad, según la anticuada sistemática de la LECrim, por lo que puede colegirse que la detención es obligatoria en delitos castigados con pena superior 3 años y facultativa en delitos menores graves, en los que el criterio determinante para su adopción sería la presunción racional de que el imputado no comparecerá al llamamiento judicial ...».

micilio y demás circunstancias, bastantes para la averiguación e identificación de la persona, según el art. 493, p. I LECRIM, que será entregada oportunamente al Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa (art. 493, p. II). Esta reseña policial será incluida en el atestado policial (arts. 284 ss. LECRIM).

En cualquier caso, el agente policial no podrá detener por simples faltas «a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle»(art. 495); aquí se establece un límite a la detención policial condicionado también a valoraciones del agente sobre la calificación jurídico penal de los hechos que normalmente no suelen coincidir con los jueces cuando la diferencia entre el delito y la falta estriba en la gravedad de la infracción, no siendo infrecuente la detención por falta contra el orden público (desobediencia leve) que se valoran policialmente como delitos de atentado o resistencia grave.

Sobre estas infracciones menores se suscita la problemática de las fianzas que a pesar de la dicción legal no son exigibles por la policía y también la ausencia de justificación de la actuación policial cuando para la celebración del juicio rápido de faltas procede a la detención de personas carentes de domicilio para garantizar la comparecencia del denunciado cuando la misma no es obligatoria y basta con la citación a juicio.

En cuanto al plazo de la detención, parecía existir una polémica entre el art. 496 LECRIM que establece que la entrega judicial del detenido o su puesta en libertad se efectúe dentro de las 24 horas siguientes al acto de la detención, a riesgo de cometer un delito previsto en el art. 530 CP que sanciona la privación de libertad de un detenido con violación de los plazos o demás garantías constitucionales, y, por otro lado, el art. 520.1 LECRIM que establece como plazo máximo de detención el de 72 horas, siendo este último precepto de fecha posterior y de plena conformidad constitucional con el art. 17.2 CE que establece dicho plazo máximo, por lo que ha de entenderse derogado el artículo 496 LECRIM, salvo que, con una interpretación flexible y muy abierta, mantengamos su vigencia entendiendo que ese plazo de 24 horas, interpretando dicho precepto en relación con el art. 295 LECRIM, es en el que la policía deberá comunicar la detención al Juzgado del lugar donde se hubiese producido la detención.

Por consiguiente, sólo cuando se supere el plazo de 72 horas o cuando practicadas las diligencias policiales se dejaren transcurrir las horas sin la presentación del detenido ante el Juez o su puesta en libertad aunque no se haya superado el plazo máximo de las 72 horas, pu-

diendo ser comprobado mediante una lectura atenta del atestado policial, podría incurrir el agente policial en un delito de detención ilegal.

También caben plazos extraordinarios de detención como en el caso de los delitos de terrorismo ya que en este caso puede prolongarse la detención (72 horas) el tiempo necesario para los fines investigados hasta un límite máximo de otras 48 horas siempre que la prórroga sea solicitada mediante comunicación motivada dentro de las primeras 48 horas desde la detención y sea autorizada por el Juez en las 24 horas siguientes mediante resolución motivada (art. 520 bis. 1 LECRIM).

Detenida una persona por delito de terrorismo también puede solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, debiendo pronunciarse la resolución motivada en el plazo de 24 horas, quedando incomunicado hasta que el Juez resuelva (art.520 bis), y mientras dure esta incomunicación no podrá disfrutar de los derechos establecidos en el Cap. IV, Tít. VI, Libro II, denominado «del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia del abogado y del tratamiento de los detenidos y presos» salvo los derechos del art. 520 LECRIM con las modificaciones siguientes: 1) Su abogado será de oficio. 2) No tiene derecho a que se comunique o ponga en conocimiento la detención o lugar de custodia al familiar o persona que desee. 3) Ni a la entrevista posterior con su abogado después de la práctica de la diligencia en la que hubiese intervenido (art. 527 en relación con el art. 520 bis. 2 *in fine* LECRIM).

c. La puesta a disposición judicial.

Practicada la detención por el agente policial deberá proceder a su puesta en libertad o a su puesta a disposición del Juez.

- 1.º) Si se produjera la puesta en libertad será preciso cumplir con lo prescrito en el art. 493.
- 2.º) Si por el contrario se presentase ante el Juez deberá ser puesta a disposición del Juez más próximo del lugar en que se hubiese efectuado la detención (art. 496.1 LECRIM), siendo este un Juzgado de Instrucción, que no necesariamente debe ser el competente para el conocimiento de las posteriores diligencias.

Si el detenido es presentado ante el Juez de Instrucción no competente para el conocimiento del asunto porque el procedimiento no se hubiese aún incoado, el Juez procederá a practicar las primeras diligencias y elevará la detención o prisión o lo pondrá en libertad, y, posteriormente remitirá las diligencias incoadas y la persona del preso, si lo hubiese, al Juzgado de Instrucción competente (así se desprende del art. 499 LECRIM).

Si el procedimiento estuviese incoado y hubiese un procesado, según la terminología anticuada de la LECRIM, el Juzgado de Instrucción no competente extendería una diligencia relativa a la persona del detenido y demás circunstancias relacionadas con la detención siendo remitidas las diligencias y el detenido a disposición del Juez o Tribunal que conociese de la causa (art. 498 LECRIM)

Sin embargo, este precepto entra en pugna con lo dispuesto en el más actual art. 505.6 LECRIM que estimamos complementa a aquel en cuanto a la actuación del Juez Instructor ya que dispone que si el detenido no pudiera ser puesto a disposición del Juez o Tribunal competente en el plazo de las 72 horas, aquel procederá conforme a lo dispuesto en los apartados 1-5 del art. 505 LECRIM, esto es, a practicar la audiencia prevista y resolver sobre la situación personal del detenido.

De todas formas no nos olvidemos que los medios de transporte permiten el rápido traslado de detenidos y por eso si el asunto reviste cierta complejidad o es el resultado de una larga investigación, el juez competente deberá solicitar del Juzgado de Instrucción no competente que autorice el traslado del detenido desde su partido judicial al suyo y resolver con conocimiento de causa sobre la situación personal.

D. LA DETENCIÓN JUDICIAL

El Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa acordará también la detención de los comprendidos en el art. 492, a prevención con las autoridades y agentes de Policía Judicial (494 y 493 p. último LECRIM), lo cual significa que el Juez o Tribunal puede acordar y ordenar a la Policía Judicial que detenga en los casos establecidos en el art. 492 CP, excluyendo los supuestos n.º 1 y 2.º del art. 490 LECRIM, porque el órgano judicial no tiene conocimiento de que alguien estuviere cometiendo el delito, y los supuestos del art. 492 n.º 3.º y 4.º porque son los casos en que el agente de la Policía Judicial valora si el sujeto (procesado o no) comparecerá o no ante la Autoridad Judicial²⁶.

Sin embargo, lo más significativo es que muchas de las detenciones que acuerdan los Juzgados de Instrucción es por razón de la incomparecencia del imputado ante la autoridad judicial que prevé el art. 487 LECRIM del que ya hemos hecho referencia, teniendo que insistir en que sólo el Juez de Instrucción encargado de la instrucción de la causa es quien puede acordarla y no el Juzgado que actúe en colaboración vía exhorto penal.

²⁶ Así Banacloche Palao, J., *op. cit.*, pág. 357

Una vez efectuada la detención por la Policía Judicial y entregado o puesto a disposición del Juez Instructor se produce lo que se denomina la detención judicial confirmatoria.²⁷

Como antes señalábamos la entrega puede hacerse al Juez competente o no:

1. Si el Juez Instructor es el competente, este dispone de un nuevo plazo de 72 horas para resolver sobre su puesta en libertad o elevación de la detención a prisión provisional, estando prevista en el art. 497 sólo esas dos posibilidades. Si no se acuerda la prisión provisional el detenido habrá de ser puesto en libertad provisional con o sin fianza según el art. 529 LECRIM. Estas dos resoluciones se suelen adoptar tras la práctica de las diligencias que sean pertinentes y en especial de la declaración del detenido a quién deberá oír en el plazo de 24 horas prorrogables por otras 48 horas según el art. 386 LECRIM.
2. Si el Juez Instructor no es el competente, nos remitimos a lo ya explicado sobre los arts. 498, 499 y 505.6 LECRIM.

VI. La libertad provisional

1. Concepto y su relación con el principio acusatorio

Otra de las medidas limitativas del derecho a la libertad del art. 17 CE es la libertad provisional, cuya configuración legal en la LECRIM se ha realizado en función de la medida de mayor contenido limitativo cual es la prisión provisional a pesar de que esta se regula en el Tít. VI, Libro II, LECRIM mientras que la libertad provisional se regula en el Tít. VII.

Por esa relación con la prisión provisional su adopción inicial no está sujeta estrictamente al principio acusatorio —a diferencia de la prisión provisional—, cuando se trate de la libertad provisional sin fianza, la cual se acuerda, no porque la acusación se lo solicite sino porque no se decreta la prisión provisional tras la celebración de la audiencia del art. 505, y, en todo caso, cuando el Ministerio Fiscal no interese dicha audiencia para solicitar la prisión, y también que pueda el Juez o Tribunal acordarla o modificarla en términos más favorables al sometido a la

²⁷ Vid. Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 512, que tiene lugar como confirmación o prolongación de la ya efectuada por los particulares o funcionarios de policía.

medida, de oficio y sin someterse a la petición de parte (art. 539, p. último).

Por el contrario, existe la sujeción al principio acusatorio porque cuando se trate de acordar «la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 505» (art. 539, p. III).

Podemos definirla como aquella medida que puede adoptar el Juez Instructor o Juez o Tribunal competente para el conocimiento de la causa cuando se hubiere cometido un delito existiendo indicios de su comisión por una persona, pero no concurren los presupuestos o finalidades necesarias para la adopción de la prisión provisional, con la finalidad de asegurar la disponibilidad del sujeto al proceso penal incoado²⁸.

En cualquier caso la necesidad debe ser una de sus notas esenciales y por lo tanto, en el momento en que no lo sea serán aminoradas las condiciones a las que se hubiese sometido el imputado, siendo modificada en términos más favorables, hasta de oficio (art. 539 p. último) pudiendo ser acordada la libertad no provisional ni sometida a condición alguna si resultase su inocencia (arts. 528, p. II y 539, p. último).

La adopción de esta medida y de cuantas diligencias se refieran a la misma se sustanciarán en pieza separada (arts. 544 y 763, inciso 2.º LECRIM).

2. Clases de libertad provisional

A. LA LIBERTAD PROVISIONAL CON O SIN FIANZA

El Juez o Tribunal que acuerde la libertad provisional deberá acordar si debe o no dar fianza para continuar en libertad provisional (art. 529.p.I) y en el mismo auto en que acuerde la libertad provisional con fianza fijara la calidad y cantidad de la que hubiere de prestarse (art. 529 p. II); para determinar la calidad y cantidad de la fianza se to-

²⁸ Según López Barja de Quiroga J. *op. cit.*, pág. 736 s., tiene por finalidad «asegurar la presencia del inculcado (sic) a disposición de la causa»; Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 514 consideran que «se adopta para asegurar la comparecencia del imputado en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga».

mará en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado (o imputado) y las demás circunstancias que puedan influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial (art. 531).

En la práctica la fijación de la fianza viene condicionada por las posibilidades económicas del imputado que se incluiría dentro de estas circunstancias que puedan influir en su decisión para ponerse fuera del alcance de la actuación judicial y es aquí donde deben ponderarse la situación económica del imputado, lo que explica las diferencias que existen en la fijación de las fianzas en los diversos casos porque la fianza no puede impedir la puesta en libertad provisional del sujeto.

A la fianza le es aplicable en cuanto a su naturaleza, constitución, admisión, calificación y sustitución lo dispuesto en los arts. 591-596 LECRIM (art.533 LECRIM).

La fianza podrá ser, por tanto, personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podría constituirse:

- en dinero en efectivo
- en aval solidario de duración indefinida y pagadero a primera vista emitido por entidad de crédito o Sociedad de Garantía Recíproca.
- o por cualquier medio que a juicio del Juez o Tribunal garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (art. 591, según redacción por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial).

La fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado (imputado) cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 532 inc. 1.º) y, por lo tanto, si al primer llamamiento judicial o después de dictada sentencia firme condenatoria no compareciere ante la autoridad judicial ni justificase la imposibilidad de hacerlo, se procederá a la adjudicación al Estado, previa deducción de las costas devengadas en la pieza separada para su constitución, y, en el caso de haber presentado fiador personal o se hubiese constituido la fianza sobre los bienes de cualquier clase de un tercero, estos dispondrán de un plazo de 10 días que le señalará el Secretario Judicial para la presentación del «rebelde» (del no comparecido) y, si no lo hacen, se hará efectiva de la misma forma adjudicándose al Estado (arts. 534, 535, 537 y 542).

De la realización de la fianza se encargará el Secretario Judicial procediendo de conformidad con lo dispuesto en el Cap. IV, Tít. IV del Libro III LECivil —arts. 634 y ss.— (art. 536, p. I).

Si se tratase de fianza personal se procederá también por la vía de apremio contra los bienes del fiador hasta hacer efectiva la cantidad que se haya fijado al admitir la referida fianza (art. 536, p. II).

Una vez adjudicada la fianza el fiador no puede pedir su devolución sin perjuicio de su derecho a reclamar la indemnización contra el procesado o causahabiente (art. 543).

La fianza se cancelará cuando el fiador lo pidiera presentando a su vez al procesado (imputado), cuando este fuere reducido a prisión, cuando se dicte auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o si fuese condenatoria se presentase el reo para cumplir la condena y, por último, por muerte del procesado estando pendiente la causa.

B. LA LIBERTAD PROVISIONAL —CON O SIN FIANZA— CON LA CONSTITUCIÓN *APUD* ACTA DE LA OBLIGACIÓN DE COMPARECER

En los días que se señalen en el auto (1 y 15 de cada mes, semanal, una vez al mes...) y además cuantas veces fuera llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530 inciso. 1.º).

Sobre esta obligación hay que resaltar que debe de interpretarse este precepto conforme al principio de proporcionalidad y estricta necesidad de la medida, porque parece exagerado fijar necesariamente días de comparecencia cuando la gravedad del delito no lo aconseje, teniendo en cuenta que estas comparecencias ocasionan múltiples inconvenientes en la vida laboral, especialmente en la persona sometida a ella; si no es estrictamente necesario es mejor sólo su comparecencia cuando sea llamado, que es una obligación más genérica. Además esta obligación de comparecer se materializa con las firmas en los impresos que facilita el Juzgado o en una ficha y cuando no se produce la comparecencia en el mismo Juzgado la convierte en un mecanismo sin eficacia, produciéndose el control con un notable retraso, de manera que es recomendable verificar la controlabilidad de las comparecencias en el momento de establecerlas, porque ningún sentido tiene su fijación si después no se va a proceder con la inmediatez temporal que el caso requiera.

C. LA LIBERTAD PROVISIONAL CON RETENCIÓN DEL PASAPORTE

Para una mayor eficacia de la medida adoptada puede acordar también que como garantía a su vez de la obligación de comparecer se establezca *la libertad provisional con retención del pasaporte* (art. 530 *in fine*).

Para que la retirada de este documento tenga algún efecto habrá que comunicar esta circunstancia al Ministerio del Interior, en concreto

a la Dirección General de la Policía y Guardia Civil, para que se proceda a verificar esta circunstancia en los controles aduaneros.

Cuando se trate del pasaporte de un ciudadano extranjero, además de efectuarse tal comunicación, debe también ponerse en conocimiento del Estado al que pertenezca dicho ciudadano a través de su Consulado o Embajada, entre otros objetivos para evitar que le expidan un duplicado por extravío o pérdida, y al mismo tiempo debe de facilitarse un testimonio del pasaporte en el que conste que el original se encuentra depositado en dependencias judiciales y el número de las diligencias penales para lograr la identificación de este ciudadano.

No obstante, la libre circulación de personas en la Unión Europea sin controles aduaneros permite la rápida movilidad del extranjero hacia otros países europeos, por lo que sería aconsejable que mediante sistemas de cooperación policial pudiesen tener las policías europeas conocimiento de la carencia de pasaporte.

D. LA LIBERTAD PROVISIONAL CON LA RETIRADA PROVISIONAL DEL PERMISO DE CONDUCIR

Tratándose de delitos cometidos con motivo de la circulación de vehículos a motor, a la libertad provisional puede añadirse también la retirada provisional del permiso de conducir que acuerda el Juez mandando que se recoja y se incorpore al proceso el documento, y será el Secretario Judicial —tras la reforma por Ley 13/2009 de 3 de noviembre— el que lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido (art.529 bis).

3. *La resolución y recursos procedente*

La medida de libertad provisional se adopta mediante auto, que se notificará al imputado, al Ministerio Fiscal y demás partes personadas (art. 529, p. III *in initio*).

Lo que no dice el precepto es que dicho auto debe contener una mínima motivación en cuanto resolución judicial y que, en el caso de que se fije fianza u otras obligaciones complementarias, debe justificarse la medida, siendo también relevante la motivación, aunque el ejercicio de la facultad judicial sea discrecional, como establece el 529 bis LECRIM en relación con la retirada del permiso de conducir.

Este auto es recurrible conforme al art. 507 (art. 529, p. III *in fine*) el cual establece que podrá ejercitarse el de apelación en los términos previstos en el art. 766 gozando de tramitación preferente, y aunque

nada dice respecto a los recursos de reforma y súplica, el primero de los mencionados es el recurso ordinario frente a cualquier auto del Juez Instructor —art. 217 inciso 1.º LECRIM— y el recurso de súplica es el que se interpone generalmente contra las resoluciones dictadas por las Audiencias y Tribunales (art. 236 LECRIM)²⁹.

Por otro lado, los autos de libertad provisional y de fianza serán reformables durante el curso de la causa, que puede ser oficio en los supuestos del art. 539, p. último —cuando proceda la libertad o modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida—, e incluso en los del art. 539, p. IV —cuando concurren los presupuestos del 503 para adoptar la prisión provisional, pero convocando una comparecencia del art. 505 dentro de las 72 horas siguientes— o a instancia de parte en los supuestos del 539, p. III —para el establecimiento de la prisión provisional o libertad provisional con fianza o para agravar las condiciones de la libertad provisional a instancia del Ministerio Fiscal o acusación particular—.

VII. La prisión provisional

1. *Concepto, naturaleza y regulación normativa*

La prisión provisional se define como la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal³⁰.

Es una medida cautelar, personal, consistente en una restricción provisional de la libertad individual del imputado³¹.

Esta es una de las materias en que el Tribunal Constitucional tuvo un constante pronunciamiento creando un cuerpo de jurisprudencia constitucional que nuestros Tribunales habían de aplicar cotidianamente y que en algunos aspectos no encontraba su debido reflejo en la regulación legal de la institución (Ap. I, p.III EM, LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisio-

²⁹ En el mismo sentido García Pérez, J. J., «Los recursos en materia de prisión provisional» en VV.AA., *Régimen jurídico de la prisión provisional*. Ed. Sepin, Madrid, 2004, págs. 233 y 234.

³⁰ Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 522.

³¹ Barallat López, J. «Función cautelar y función preventiva de la prisión provisional» en VV.AA., *Régimen jurídico de la prisión provisional*. Ed. Sepin, Madrid, 2004, pág. 114.

nal) y esta necesidad de adaptar la LECRIM a la doctrina constitucional le determinó a plantearse una cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECRIM en la STC 47/2000. (Ap. I, p. III *in fine* EM, LO 13/2003, de 24 de octubre).

Su regulación se contiene en el Cap. III, Tít. VI del Libro II de la LECRIM (arts. 502 y ss.) y desde la entrada en vigor de la CE se han efectuado diversas reformas como las operadas por la ley 16/1980, de 22 de abril, LO 7/1983, de 23 de abril, la LO 10/1984, de 26 de diciembre, la LO 5/1995, de 22 de mayo y finalmente por la LO13/2003, de 24 de octubre, y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la Ley procesal para la implantación de la oficina judicial, que, aunque no ha afectado a la esencia de la institución ha modificado el art. 512 sobre la expedición de requisitorias siendo el Secretario judicial quien expide los oficios oportunos y haciendo desaparecer las referencias a la Gaceta de Madrid y Boletín Oficial de la Provincia sustituyéndolas por la del BOE y BOCA; también se da nueva redacción al art. 516 en el que se establece que en la resolución acordando buscarle por requisitorias se designaran los particulares de la causa precisos para resolver acerca de la situación personal del requisitoriado una vez sea habido, y un testimonio de la resolución y los particulares se enviarán al Juzgado de Instrucción de guardia o al sistema informático que al efecto exista —sistema aun inexistente—, y por último el art. 517, en el que se establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 505. 6 —esto es, cuando no pueda ser puesto el detenido a disposición del competente y por tanto sin perjuicio de que una vez recibidas las diligencias por el competente se le oiga al imputado asistido de su abogado y se dicte la resolución que proceda— una vez presentado el requisitoriado ante el Juzgado de Guardia el Juez puede solicitar si lo considerase necesario el auxilio del órgano judicial que hubiese dictado las requisitorias o del que se hallase de guardia en este último partido judicial a fin de que le facilite la documentación e información a que se refiere el art. 516.

En la regulación de la prisión provisional entran en juego dos derechos fundamentales, uno, material y, otro, procesal, como son el derecho a la libertad del art. 17 CE y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE³², sin que se pueda obviar que junto a estos

³² La STC 41/1982, de 2 de julio, FJ. 2, p. I estableció que «La institución de la prisión provisional situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, vie-

derechos juega un papel relevante el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y en esta materia de prisión provisional el derecho a que dicha situación esté sometida a un plazo razonable como lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional en consonancia con el TEDH, aunque la CE sólo ha impuesto al legislador la obligación de fijar plazos sin imponer un límite preciso para la duración máxima de la prisión provisional; este concepto del plazo razonable ha de ser determinado en cada caso concreto atendiendo a diversos factores: por un lado a la duración efectiva de la prisión provisional, y por otro lado, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y al comportamiento del recurrente³³.

ne delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en: a) el artículo 1.1 consagrando el Estado social y democrático de derecho que «propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; b) en la sección primera, capítulo 2.º, del título I, el artículo 17.1, en que se establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», y c) en el artículo 24.2, que dispone que todos tienen derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas ... y a la presunción de inocencia».

Por su parte, la STC 128/1995, de 26 de julio, FJ.3, párrafo último estableció que «Momento esencial de ese régimen es la consideración de la presunción de inocencia que, como dijimos en la STC 109/1986 (RTC 1986\109), opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.»

³³ Según la STC 98/2002, de 29 de abril, FJ. 4 d): «Debido al carácter excepcional de la medida, y aunque la Constitución sólo impone de manera expresa al legislador la obligación de fijar plazos, sin imponer un límite preciso para la duración máxima de prisión provisional, nuestra jurisprudencia, en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha asumido el requisito de que la prisión provisional esté sometida a un «plazo razonable» (art. 9. 3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos [RCL 1977, 893; ApNDL 3630] y art. 5. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [RCL 1999, 1190, 1572]), un concepto que, conforme a nuestra doctrina (SSTC 8/1990, de 18 de enero, F. 4 y 5; 206/1991, de 30 de octubre, F. 4 y 5; 41/1996, de 12 de marzo [RTC 1996, 41], F. 2; 66/1997, de 7 de abril [RTC 1997, 66], F. 3; 305/2000 de 11 de diciembre, F. 4) y a la del Tribunal Europeo (SSTEDH 27 de junio de 1968 [TEDH 1968, 2], caso *Neumeister v. Austria*; 27

2. *Sus características*

Las que vamos a exponer a continuación son las que han determinado en su momento la reforma de la regulación procesal sobre la prisión provisional acomodándola a la doctrina del TC, habiendo sido destacadas por la EM LO 13/2003 reflejándose a continuación en los arts. 502 y ss LECRIM.

- 1) La excepcionalidad: según el ap. II de la EM LO13/2003, la regla general deberá ser la libertad del imputado o acusado mientras dure el proceso penal siendo la excepción la privación de la libertad sin que pueda haber más supuestos de prisión provisional que los establecidos taxativamente por la Ley. De esta excepcionalidad se hace eco el art. 502. 2 —se adoptará de conformidad con los artículos siguientes— y especialmente el art. 503 así como la STC 128/95, de 26 de julio, FJ. 3³⁴.
- 2) La proporcionalidad: según el ap. II, EM, LO 13/2003, el principio de proporcionalidad exige que las normas legales relativas a la prisión provisional en cuanto restrictivas del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia deben tener un contenido li-

de junio de 1968 [TEDH 1968, 1], caso *Wemhoff v. Alemania*; 10 de noviembre de 1969 [TEDH 1969, 1], caso *Stogmüller v. Austria*; 2 de octubre de 1984 [TEDH 1984, 11], caso *Skoogstrom v. Suecia*; 25 de octubre de 1989 [TEDH 1989, 18], caso *Bezicheri v. Italia*; 26 de junio de 1991 [TEDH 1991, 36], caso *Letellier v. Francia*; 23 de septiembre de 1998 [TEDH 1998, 96], caso *I.A. v. Francia*; 31 de julio de 2000 [TEDH 2000, 422], caso *Jecius v. Lituania*; 16 de noviembre de 2000 [TEDH 2000, 617], caso *Vaccaro v. Italia*; 22 de febrero de 2001 [TEDH 2001, 95], caso *Szeloch v. Polonia*) ha de ser integrado en cada caso concreto, atendiendo, por un lado, a la duración efectiva de la prisión provisional y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial (a quien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige una «especial diligencia» en los mismos términos que el art. 504, párrafo tercero LECrim) y al comportamiento del recurrente, «de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral no obedezca ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional» (STC 206/1991, de 30 de octubre, F. 5).

³⁴ La STC 128/1995, de 26 de julio, FJ. 3 establece que «Más allá, pues, del expreso principio de legalidad (artículo 17.1 y 17.4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.»

mitativo de los derechos fundamentales proporcional a los fines que se pretenden alcanzar con ella, lo cual supone:

- a) adecuación de la prisión provisional a determinados fines y no por tanto a cualesquiera sino a los constitucionalmente legítimos que primero fueron definidos por el Tribunal Constitucional y luego se establecieron en la LECRIM.
- b) proporcionalidad en sentido estricto: que el sacrificio que supone a la libertad de la persona sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

Tanto una como otra exigencia tiene su reflejo en el art. 503 LECRIM al establecer los presupuestos y fines de la prisión provisional que legitiman su adopción, y también en la STC 128/95, FJ 3.

- 3) Subsidiariedad: es una medida subsidiaria como indicaban las STC 128/95 y 47/2000 lo que supone que sólo pueden adoptarse cuando sea estrictamente necesaria y no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las que alcanzar los mismos fines que con la prisión provisional (art. 502.2 LECRIM).

Como alternativa a la prisión provisional el legislador regula la libertad provisional con fianza, con la obligación *apud acta* de comparecer ante la autoridad judicial, con retirada de pasaporte y también las denominadas medidas integrantes de la orden de protección (arts. 544 bis, 544 ter y la LO 1/2004 de medidas de protección Integral contra la violencia de género).

- 4) Su provisionalidad, que deriva de su naturaleza de medida cautelar, de medida en función del proceso penal y en tanto éste subsista y para la consecución de determinados fines; por eso el art. 504.1 LECRIM establece que «durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción», estableciéndose plazos limitados de duración de la medida aunque sean susceptibles de prórroga en el art. 504.2 y 3 LECRIM.

3. *Los presupuestos de su adopción*

El art. 503 LECRIM en su actual redacción tras la LO 13/2003 de 24 de octubre y su modificación por la LO 15/2003, exige como presupuestos necesarios para adoptar la prisión provisional los siguientes:

1) La existencia de hecho/os constitutivos de delito (art. 503.1.1.º).

Este delito a su vez puede estar sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a 2 años de prisión o con pena cuyo máximo sea inferior a 2 años de privación de libertad si el imputado tuviere antecedentes penales derivados de condena por delito doloso.

Lo esencial es que el hecho sea constitutivo de delito y para que no se olviden de esta premisa el legislador lo repite en el art. 502.4 cuando impide su adopción e incluso lo extiende a los casos en que concurra una causa de justificación.

La computación de la duración de la pena se debe de efectuar en abstracto, en función de la determinada en el tipo penal; sin embargo, aunque literalmente es esta la interpretación correcta no lo es en atención al espíritu y finalidad del precepto, debiendo tenerse en cuenta el grado de ejecución y de participación en el delito y así cuando la pena vaya a resultar inferior al límite legal previsto, como resultaría desproporcionado decretar esta medida cautelar, pero podría hacer ineficaz la misma en relación especialmente a los delitos intentados de naturaleza patrimonial, se ha previsto la posibilidad de acordarla en atención a los antecedentes penales que posea el detenido.

El delito puede ser tanto culposo como doloso porque el legislador no efectúa ninguna distinción al respecto sino que atiende a que le corresponda legalmente una pena privativa de libertad cuya duración sea igual, superior o inferior a 2 años, aunque en este último caso si existen antecedentes por delito doloso.

El hecho/os puede ser constitutivo de un delito o de varios; si un solo hecho constituyese un solo delito habrá que estar a la pena prevista en el CP, y cuando estemos en presencia de un concurso ideal o medial habrá que estar a lo dispuesto en la Sección 2.ª, Cap. II, Tít. III, Libro I, CP lo que supone estar a la pena establecida en el art. 77 CP —mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave; aunque también se prevén las penas que separadamente pudieran corresponderle a las infracciones, este último criterio es situar al Juez o Tribunal al nivel de lo concretísimo y por tanto lo hace inviable porque no se puede anticipar ni tampoco especular las penas que pudieran corresponder a los hechos cometidos—.

Bajo esta misma remisión al Código penal debemos de entender que si los hechos pudieran revestir los caracteres de un eventual delito continuado habría que atender a la pena de la infracción más grave en su mitad superior, y si fuese un delito masa habría que atender a la pena superior en uno o dos grados a la fijada en el tipo penal aunque el legislador permita al juzgador recorrer en toda su extensión la pena (art. 74 CP).

2) Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión (art. 503.1.2.º)³⁵.

Sobre qué se entiende por motivos bastantes existió una polémica sobre si se estaba o no aludiendo a los llamados indicios racionales de criminalidad del art. 384 de la LECRIM para el dictado del auto de procesamiento, ya superada porque son términos diferentes y no sólo por su redacción —«motivos bastantes»; «indicios racionales»— sino por que son dos institutos distintos de manera que la prisión cabe no sólo en un sumario ordinario sino en un procedimiento penal diferente y se puede o no estar procesado y coincidir este estado procesal con una situación personal de libertad o de prisión incluso hasta en el mismo sumario ordinario³⁶.

Concretar estos motivos será labor del Juez ya que no existe un listado de estos y menos aun criterios para determinar su suficiencia.

La responsabilidad criminal supone la atribución de los hechos en concepto de autor o de cómplice para lo que habrá que atender al art. 63 CP a efectos de determinación del límite de la pena porque a este último se le impone la pena inferior en grado a la fijada para los autores del delito.

3) Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines (art. 503.1.3.º):

Estos fines constituyen lo que se denomina el *periculum in mora* que en el proceso penal viene representado por el peligro de fuga, de evasión del imputado al proceso, que consecuentemente, hará imposible en su día la ejecución de la presumible pena a imponer³⁷; sin embargo con la redacción actual ese *periculum in mora* que en términos más genéricos será el peligro que para el proceso podría representar su larga duración de manera que el imputado podría situarse fuera del alcance de la acción judicial, se extiende hoy a otros fines no exclusivamente de fuga como veremos.

³⁵ Tanto este como el anterior presupuesto constituyen lo que se denomina *fumus boni iuris* o existencia de una imputación previa contra una persona; así Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 525; según Asencio Mellado J. M.ª., *La prisión provisional*. Ed. Civitas, Madrid 1987, pág. 63, el *fumus boni iuris* «viene constituido por un juicio de probabilidad pero no sobre la existencia de un derecho, sino sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la que se acredite la medida».

³⁶ Así lo estima también Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.*, pág. 525.

³⁷ Asencio Mellado, J. M.ª., *op. cit.*, pág. 63

A) Asegurar la presencia del imputado cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

En cuanto a los criterios para la valoración de este peligro, debemos atender conjuntamente a:

A.1. Circunstancias objetivas referidas al delito cometido:

—Naturaleza del hecho: esto es, tipo de delito (*v. gr.*: no es lo mismo un homicidio que un robo con fuerza en las cosas).

—Gravedad de la pena que pudiera imponerse: hay que atender a la pena en abstracto pero también a otros factores en la determinación de la pena como el grado de ejecución, autoría o la complicidad.

En principio se puede acordar la prisión atendiendo a estas circunstancias pero sólo en un inicial momento³⁸.

A.2. Circunstancias subjetivas:

—Situación familiar y económica del imputado: es una concreción del art. 502.3 LECRIM cuando establece que se tenga en cuenta la repercusión que esta medida puede tener en el imputado, considerando sus circunstancias.

Por lo tanto, debe atenderse a si tiene o no familia, trabajo, domicilio fijo, sus ingresos y la forma de obtenerlos.

A.3. Circunstancias procesales:

—La inminencia de celebración del juicio oral, en especial en aquellos supuestos en los que proceda incoar juicios rápidos.

³⁸ Según la STC 27/2008, de 11 de febrero, FJ .5, «En cuanto a los elementos que deben presidir tal fundamentación, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, dado que de este dato puede inferirse razonablemente la existencia de riesgo de fuga (por todas, STC 8/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 8], F. 4), el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995, 128), F. 4 b), 37/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 37), F. 6 a), 62/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 62), F. 5, y 33/1999, de 8 de marzo (RTC 1999, 33)]».

—Los antecedentes en tanto que se hubiesen dictado dos requisitorias para su llamamiento y busca por el órgano judicial en los dos años anteriores.

Esta última parece ser causa taxativa y de efectos inmediatos para la adopción de esta medida cautelar cuya sola concurrencia determinaría la prisión provisional con independencia de los otros factores pero, a nuestro juicio, debe ser objeto de una valoración conjunta con las demás circunstancias concurrentes como se desprende del tenor de lo dispuesto en el art. 502.3 en que para apreciar la repercusión que en el imputado pudieran tener la adopción de la prisión provisional por el Juez o Tribunal deben considerarse «sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta», debiendo desentrañarse de esta forma las circunstancias del imputado que hubiesen determinado la expedición de las requisitorias —cambio de domicilio no comunicado a la autoridad judicial, haberse ido del país, ...—; por el contrario, sus efectos, justificada la trascendencia de la requisitoria, deben producirse inmediatamente en cuanto al límite de la pena que se establece en el n.º 1 de este apartado 1, no siendo de aplicación el límite de 2 años (art. 503.1.3.º a, p. último e inciso último LECRIM).

Para valorar su concurrencia habrá que atender a la información que proporcionan los atestados³⁹, pero no se debe obviar la propia hoja histórico penal en cuanto contenga referencias a las declaraciones de rebeldía.

B) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

Esta es otra de las finalidades cautelares que cumple la prisión provisional y que no tiene que ver con el peligro de fuga sino con un peligro de influencia por sí o por terceras personas sobre las fuentes de prueba de no adoptarse la prisión provisional, en especial teniendo acceso sobre documentación, instrumentos, efectos del delito y demás piezas de convicción así como sobre las personas físicas que sean o puedan tener la condición de imputados, testigos o peritos sometidos a presiones de diversa índole —física, moral,...—, previéndose estas circunstancias en el art. 503.1.3.º c, p. último LECRIM.

De todas formas para que pueda tener realmente eficacia la prisión provisional adoptada por esta finalidad es imprescindible que aquella

³⁹ Así Barallat López, J., *op. cit.*, pág. 123.

sea comunicada para evitar que por medio de terceros puedan acceder a las fuentes de pruebas o puedan presionar a los imputados, testigos y peritos.

La medida cautelar adoptada por esa finalidad puede ser concurrente tratándose de un testigo víctima de los hechos con la finalidad prevista en el art. 503.2 LECRIM.

No es posible inferir este peligro de influencia sobre las fuentes de prueba del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación (art. 503.1.3.º c, p. II), lo que implica que la prisión provisional no puede jugar el papel de instrumento de la investigación penal⁴⁰, de manera que se utilice para obtener declaraciones de imputados confesando circunstancias relevantes sobre testigos, u otros medios de prueba que pudiera perjudicar sus intereses en el proceso, limitando así su derecho de defensa.

C) Para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2).

Esta finalidad no tiene que ver propiamente con los fines propios de la prisión provisional sino con la finalidad preventiva de la pena. Aunque esta finalidad es admitida por el TC, sin embargo se mantienen posturas doctrinales en contra de la misma porque se estima que los fines de la pena sólo pueden surgir tras el dictado de una eventual sentencia condenatoria, señalando que el art. 34.1 CP distingue claramente entre penas y medidas cautelares y la anticipación de la finalidad de la pena supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución⁴¹.

En todo caso, en la valoración de este riesgo «se atenderá a las circunstancias del hecho y a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer» (art. 503.2 p. II), lo que nos lleva a una perspectiva comparativa de infracciones criminales atendiendo a su naturaleza jurídica; esto significa que si un sujeto es detenido por un delito contra la salud pública, por ser un caso ejemplar, debe calcularse, en atención a las circunstancias de su comisión en las que deben tenerse en cuenta también las personales de su autor — sus medios de vida, sus antecedentes...—, la probabilidad de que vuelva a cometer el mismo tipo de delito y no otros porque esta última posibilidad sería excesivamente amplia, inconcreta e inútil a los fines de la prisión preventiva, siendo lógico este entendimiento de la norma, porque en abstracto y sin límites referentes la comisión de un delito de cierta gravedad podría per-

⁴⁰ Gimeno Sendra V., Moreno Catena V. y Cortes Domínguez V., *op. cit.* págs. 523 s.

⁴¹ Barallat López, J. *op. cit.*, pág. 126.

mitir adoptar la medida de prisión provisional sin una verdadera justificación.

Además la comparación sólo puede hacerse cuando el hecho delictivo imputado sea doloso (art. 503.2, p. III, inciso 1.º) lo que implica la imposibilidad de acordar por este fin la prisión provisional si los delitos precedentes fuesen imprudentes, descartándose también la comparativa entre estos últimos delitos.

Por último, se establece también que el límite de los dos años del n.º 1.º del ap. 1 no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la policía judicial o resulte de las actuaciones pueda inferirse racionalmente que el imputado viene actuando como miembro de una organización criminal o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

D) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima especialmente cuando esta sea una de las personas referidas en el art. 173.2 CP (art. 503.1.3.º.c) LECRIM)

Esta finalidad fue introducida con el auge que cobró la violencia de género, poniendo de relieve la finalidad preventiva pero no tanto en función del desarrollo del proceso sino por razón de la protección integral de la víctima, existiendo aquí un *periculum in damnum* ante la posibilidad de que las personas citadas en dicho precepto pudieran sufrir ataques a sus bienes jurídicos personales o materiales.

La redacción de la letra c) del num. 3.º del apartado 1 del artículo 503 fue introducida por la Disposición Final 1.1.d) de la LO 15/2003 de 25 de noviembre y venía a cerrar el círculo de protección ante la violencia doméstica o familiar antes de la definitiva publicación de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, presentando como particularidad la inaplicabilidad del límite de la pena de 2 años establecido en el n.º 1 del apartado 1 del art. 503 de la LECRIM; sin embargo, a pesar de esta falta de limitación por razón de la pena existen otras que derivan del principio de proporcionalidad al primar en este ámbito las medidas de alejamiento del art. 544 bis y las que integran la orden de protección del art. 544 ter LECRIM y arts. 62 ss. de la LO1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, siendo estas las que generalmente se imponen ante un riesgo para los bienes jurídicos de la víctima y familiares y sólo, en los casos de extrema gravedad o cuando las medidas inicialmente adoptadas no surten el efecto protector, será necesario la adopción de la prisión provisional, debiendo remarcar que cuando se decreta por el quebrantamiento de las medidas tuitivas ya no existe inconveniente alguno que hubiese podido resultar

de que el delito que castigaba tales comportamientos previese sólo la pena de multa al haberse reformado el art. 468 CP sancionándolos también con pena privativa de libertad.

4. *Su duración*

En consonancia con su excepcionalidad y en cumplimiento del mandato constitucional del art. 17.4, inciso último CE sobre la fijación por ley del plazo máximo de duración de la prisión provisional, el art. 504.1 LECRIM estableció que la prisión provisional «durará el tiempo imprescindible para conseguir cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción».

Tras este pronunciamiento general se regulan los supuestos de duración máxima y su cómputo tratando de impedir que un sujeto pueda estar indefinidamente en esta situación y al mismo tiempo que el sujeto sea juzgado en un plazo razonable o sea puesto en libertad, garantizando este derecho del ciudadano que lo reconoce el art. 5.3 CEDH e imponiendo a la Administración que actúe sin dilaciones indebidas.⁴²

En la actual regulación la duración de la prisión provisional no se determina en función de la pena sino de las finalidades a conseguir y de la duración de la pena privativa de libertad señalada para el delito cometido, y así habrá que distinguir:

1) Por razón de riesgo de fuga, reiteración delictiva o protección para la víctima.

- a) Si el delito tuviese señalado pena igual o inferior a 3 años: no podrá exceder de un año.
- b) Si tuviese señalada pena superior a 3 años: no podrá exceder de dos años.

En ambos casos la medida de prisión provisional podrá ser objeto de prórroga en los siguientes supuestos:

1.º) Cuando persistan los motivos y fines de la prisión provisional si se prevé que la persona no podrá ser juzgada en aquellos plazos (uno o dos años), el Juez o Tribunal mediante la audiencia del 505 podrá acordar por auto una prórroga de hasta:

⁴² Vid. ap. III, p. III, EM, LO 13/2003).

- 6 meses: si el delito tuviese señalado pena igual o inferior a 3 años.
- 2 años: si el delito tuviese señalado pena superior a 3 años.

Cuando nos referimos a la pena del delito estamos considerando la pena en abstracto como hemos indicado anteriormente lo que no impide para que estando perfectamente delimitadas las circunstancias relativas a la ejecución y participación puedan ser apreciadas a estos efectos.

2.º) Si hubiese podido ser juzgado dentro de dichos plazos pero la sentencia dictada no hubiese alcanzado firmeza en esos plazos al haber sido recurrida en apelación o en casación, podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta, lo que significa que mientras no se apertura la ejecutoria tras la sentencia firme el preso preventivo seguiría en la misma situación personal aunque le hubiesen condenado en primera instancia, debiendo fijarse en el auto de prórroga el nuevo plazo de duración de la prisión provisional, pero debiendo computarse dentro de dicho plazo el que ya hubiese pasado como detenido o en régimen de prisión provisional por esta misma causa, como establece el artículo 504.5 LECRIM.

Sin embargo no basta que vayan a transcurrir los plazos máximos de prisión o que hubiese recaído ya una sentencia condenatoria sino que es preciso motivar adecuadamente la decisión judicial que se adopte⁴³.

⁴³ La STC 27/2008, de 11 de febrero, FJ. 4 *in fine* establece: «Y, por lo que respecta a los plazos máximos de la prisión provisional y la posibilidad de prórroga, la doctrina constitucional, en lo que ahora ha de interesarnos, puede sintetizarse en los siguientes presupuestos:

a) La prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de prisión provisional decretada requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión y que ha de fundarse en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad del enjuiciamiento en el plazo inicial acordado, o que el acusado haya sido condenado por Sentencia que haya sido recurrida —art. 504. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [LEG 1882, 16]: LECrim—). Además ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal, por más que no venga expresamente exigida por el precepto. Finalmente la lesión producida por la ignorancia del plazo no se subsana por la adopción de un intempestivo acuerdo de prórroga tras la superación de aquél.

b) No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del art. 504.2 LECrim y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (SSTC 98/1998, de 4 de mayo [RTC 1998, 98], FF. 2 y 4; 142/1998, de 29 de junio

2) Por razón de alteración, ocultación o destrucción de pruebas.

Su duración no podrá exceder de 6 meses y no es susceptible de prórroga porque nada se establece al respecto.

No obstante, cuando se hubiese decretado la prisión incomunicada o el secreto sumarial y antes de los 6 meses se levantara la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habría de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional (art. 504.3, p. II), lo que es consecuencia de lo que antes indicábamos sobre que esta finalidad de la prisión debe ir acompañada de la incomunicación —se añade también el secreto sumarial— para lograr este objetivo y por esa misma razón, si no se hubiese además acordado la prisión provisional para la consecución de otra finalidad, el Juez o Tribunal debería motivar la subsistencia de esta finalidad del art. 503.1.3.º.b LECRIM para seguir manteniendo la prisión provisional.

El transcurso de los plazos máximos establecidos para la prisión provisional determina la necesaria puesta en libertad del preso —salvo que se hubiese acordado la prórroga ya indicada— y esta situación puede generar múltiples problemas, especialmente cuando el preso lo es por un delito de extrema gravedad, como ocurre en los delitos contra la vida, porque deberá quedar en libertad hasta la celebración del juicio —o en su caso hasta la firmeza de la sentencia e ingreso en prisión para cumplimiento—, estando previsto solamente que se pueda acordar la prisión provisional «en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal» (art. 504.4 LECRIM), lo que a nuestro juicio podría facilitar la fuga del imputado por lo que tendrían que extremarse las comparencias del imputado ante el Juzgado o Tribunal para evitar dicho riesgo e incluso adoptar de oficio medidas de alejamiento del artículo 544 bis para proteger a la víctima o sus familiares.

El cómputo de los plazos de duración de la prisión suscita diversas cuestiones cuya solución es prioritaria. En primer lugar, el *dies a quo* en dicho cómputo, debe ser el día de la detención y si esta no se hubiese adoptado por los agentes policiales, desde el primer día de prisión, al disponer el artículo 504.5 LECRIM que «se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiese estado detenido o sometido a prisión por la misma causa».

[RTC 1998, 142], F. 3; 231/2000, de 2 de octubre [RTC 2000, 231], F. 5; 272/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000, 272], F. 2; 98/2002, de 29 de abril [RTC 2002, 98], F. 4; 144/2002, de 15 de julio [RTC 2002, 144], F. 3; 121/2003, de 16 de julio [RTC 2003, 121], F. 3; 22/2004, de 23 de febrero [RTC 2004, 22], FF. 2 y 4; 99/2005, de 18 de abril [RTC 2005, 99], F. 4.)»

En segundo lugar, el *dies ad quem* será aquel en que se cumpla el plazo pero partiendo de que al establecerse por años o por meses se computarán de fecha a fecha conforme al artículo 5.1 TPCcivil.

En tercer lugar, en caso de prórroga, siendo el límite máximo el de la mitad de la condena impuesta, en el cómputo se incluirá el periodo en que hubiese estado privado de libertad como preso preventivo.

En cuarto lugar, que dentro de ese cómputo se deberá excluir «el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia» (art. 504.5, p. II LECRIM) siendo problemática su concreción.

La exclusión señalada determina que el cómputo de los plazos máximos de duración de la prisión provisional no sean automáticos, sin que se consuman por el mero transcurso del tiempo, debiendo excluirse de dicho cómputo el de duración de la dilación⁴⁴.

Para valorar la dilación se ha acudido al criterio del «plazo razonable» y conforme al cual el TC ha rechazado la consideración de indebidas en los siguientes casos:

- Las ocasionadas por la intencionada conducta del recurrente en amparo (el imputado que huye a Francia, provocando su rebeldía y un proceso de extradición (STC 8/1990 de 18 de enero, FJ 6).
- Por la interposición de un inútil, intempestivo y dilatorio recurso provocando la paralización del proceso durante un año, al constituir una conducta obstruccionista que no guarda relación con el ejercicio del derecho de defensa y que fue dirigida exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del recurrente por el mero transcurso de los plazos legales de la prisión provisional (STC 206/91, de 30 de octubre, FJ 7)⁴⁵.
- Por la incomparecencia de otro de los acusados al juicio oral que motivó un segundo señalamiento a juicio, rechazando el

⁴⁴ La STC 98/2002 de 29 de abril, FJ 4 f afirma: « Por último, respecto a la suspensión del cómputo del plazo máximo de prisión provisional cuando la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia (art. 504, párrafo sexto LECrim), hemos afirmado que la exclusión de dichas dilaciones determina que el cómputo de los plazos máximos de la prisión provisional no tenga un carácter de plena automaticidad, pues sin dejar de ser efectivos y determinados, no se consumen por el transcurso natural del tiempo (ATC 527/1988, de 9 de mayo [RTC 1988, 527 AUTO], F. 2) y que el período de tiempo que ha de excluirse del cómputo ha de corresponderse exactamente con la duración de la dilación (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, F. 3; 28/1985, de 27 de marzo, F. 3).»

⁴⁵ Vid. STC 98/2002, FJ 4 f, en que se recogen las sentencias dictadas en los dos casos señalados.

TC que dentro de estas dilaciones que permiten suspender el cómputo del plazo de prisión provisional se encuentren aquellas que no deriven de la conducta del sujeto sometido a la tutela sino del comportamiento de terceros⁴⁶.

En el propósito de poder lograr dar efectividad al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando la medida de prisión provisional exceda de las 2/3 partes de su duración máxima el Juez o Tribunal y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente al Presidente de la Sala de Gobierno —entendemos que al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, pero si las actuaciones se encontrasen aun en el Juzgado de Instrucción y el órgano de enjuiciamiento fuese la Audiencia Provincial resulta más efectiva la comunicación al Presidente de este órgano— y al Fiscal Jefe del Tribunal correspondiente —consideramos que debe efectuarse tanto al Fiscal Jefe Provincial como al Fiscal Superior— con la finalidad de que adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la mayor celeridad, siendo preferente la tramitación del procedimiento respecto a todos los demás (art. 504.6 LECRIM).

En lógica concordancia con esta finalidad en la última reforma procesal se ha dado nueva redacción al art. 659, p. V y se ha introducido el párrafo VI, para que en los criterios generales e instrucciones que fijen los Presidentes de Sala o Sección para efectuar los señalamientos se tengan en cuenta: 1.º La prisión del acusado, 2.º El aseguramiento de su presencia a disposición judicial, 3.º La prioridad de otras causas y 4.º La complejidad de la prueba propuesta o cualquier otra circunstancia modificativa determinada una vez estudiado el asunto o pleito de que se trate.

5. *Procedimiento para su adopción*

Una vez que el detenido fuese puesto a disposición del Juez o Tribunal competente, este, salvo que acordare la libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en que el Ministerio Fiscal o/y las partes acusadoras puedan interesar que se decrete la prisión provisional —o su libertad con fianza— (art. 505.1 LECRIM), lo que supone la introducción del denominado principio acusatorio en esta materia, limitando los poderes de decisión del Juez Instructor y garantizando así

⁴⁶ Vid. STC 98/2002, FJ 6.a.

mismo su imparcialidad, en consonancia con el sistema acusatorio formal que rige en nuestro sistema procesal⁴⁷.

En el caso de que el procedimiento fuera de juicio rápido se prevé que este trámite se sustancie con arreglo al art. 798 LECRIM, salvo que la audiencia del art. 505 se hubiese celebrado con anterioridad (art. 505.1 LECRIM) lo que coincide con el art. 798.1 que prevé que en la audiencia que se celebra ante el Juzgado de Instrucción las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal puedan instar cualesquiera medidas cautelares frente al acusado, intentando conseguir la concentración de actos procesales en uno solo; sin embargo, su utilidad práctica es escasa porque la naturaleza y gravedad de los delitos respecto de los que se celebran juicios rápidos permite únicamente en casos muy excepcionales la adopción de medidas cautelares personales en el trámite de decidir sobre la suficiencia de las diligencias practicadas en orden a acordar la apertura de juicio oral o sobreseimiento de las actuaciones.

La audiencia se celebrará en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta a disposición judicial y a la que se citará al imputado, asistido de su letrado de libre elección o de oficio, el Ministerio Fiscal y demás partes personadas (art. 505.2).

Por la lógica imperante del acto que hace efectivo el principio de contradicción entre las partes, debe concedérsele la palabra en primer término al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras para que insten la prisión provisional ya que si ninguna de las partes lo hiciera acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado detenido (art. 505.4) y, posteriormente, se le concederá la palabra al letrado defensor y, por último, al propio imputado para que efectúe las alegaciones que estime precisas, pudiendo las partes proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o si no dentro de las 72 horas previstas en el apartado anterior —art. 505.3— desde la puesta a disposición judicial; si la audiencia no pudiera celebrarse en este plazo de 72 horas el Juez o Tribunal podrá acordar la prisión provisional y convocará una nueva audiencia dentro de las 72 horas siguientes, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia (art. 505.5).

⁴⁷ Damián Moreno, J., «La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal» en *VVAA., Régimen jurídico de la prisión provisional*, Ed. Sepin, Madrid, 2004, pág. 99, se refiere al principio de la demanda y a la necesidad de que en relación con la actividad jurisdiccional no puede esta iniciarse de oficio; este requisito procesal no es sólo privativo de los procesos penales, sino de cualquier otro, incluido el penal, donde como consecuencia de la aplicación de los principios derivados del sistema acusatorio, la adopción de las medidas cautelares debiera, en puridad, corresponder a las partes acusadoras.

No obstante y en el empeño de que puedan celebrarse estas audiencias se ha facilitado la intervención del Ministerio Fiscal en la comparecencia del art. 505 mediante la videoconferencia que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido (arts. 306 y 325 LECRIM), siendo especialmente relevante para aquellas poblaciones que se hallen alejadas de la sede de la Fiscalía.

En los supuestos de prórroga del plazo de la prisión provisional no constituye práctica habitual la celebración de la audiencia del art. 505, cuando existe la misma razón que en los supuestos de adopción inicial de la prisión provisional. Sobre esta posibilidad el TC estima que no se establece en la LECRIM y no constituye una exigencia constitucional la celebración en tales casos de la audiencia imperando el parámetro de la indefensión material para considerar o no vulnerado el derecho de defensa cuya vulneración se denuncia por el recurrente⁴⁸.

En el caso de que se hubiese interpuesto el Recurso de Casación contra sentencia de la Audiencia Provincial cualquier solicitud relativa a la situación personal se resolverá por quien haya dictado la sentencia, que conserva las piezas separadas de la causa y testimonio de las resoluciones dictadas y debe adoptar en dichas piezas los acuerdos procedentes durante la tramitación para asegurar la ejecución de la sentencia (art. 861 bis a). Este mismo criterio se sigue durante la tramitación y pendencia de resolución del recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia contra la sentencia dictada en el procedimiento del Tribunal del Jurado.

Practicada la audiencia y en su caso los medios de prueba propuestas —y sin necesidad de que vuelvan nuevamente las partes a ser convocadas para su valoración— debe el Juez Instructor o Tribunal resolver sobre la situación personal del imputado.

⁴⁸ La STC 50/09, de 23 de febrero, FJ 3 establece que «Este Tribunal tiene asentado el criterio de que no nos corresponde interferir en el juicio de legalidad ordinaria por el que el órgano judicial competente determina si resulta exigible dicha comparecencia en los supuestos de prórroga de prisión provisional por sentencia condenatoria, siempre que tal audiencia se rechace de manera razonada, sin olvidar en todo caso que tal garantía «no figura en la Ley de enjuiciamiento criminal ni, por lo demás, parece directamente exigible *ex Constitutione* para este tipo de supuestos» (STC 108/1997, de 2 de junio [RTC 1997, 108], F. 2).

En consecuencia, el incumplimiento de dicho trámite no pasaría de ser, en su caso, una mera irregularidad del procedimiento sin repercusión en los derechos fundamentales del recurrente, a menos que éste acreditase haber padecido indefensión material en razón a no haber dispuesto de aquel turno de intervención; indefensión que queda sin embargo enervada de haber podido recurrir contra la decisión de prórroga (SSTC 108/1997, de 2 de junio, F. 2; 22/2004, de 23 de febrero [RTC 2004, 22], F. 3).»

6. La resolución

La resolución acordando —pero también denegando— la prisión provisional adoptará la forma de auto (art. 506.1), lo que no impide que el acuerdo correspondiente puede ser adoptado en sentencia al objeto de mantener o no al acusado en esta situación de prisión provisional tras la celebración del juicio.

Sin embargo, la esencia de esta regulación es que tiene que ser motivada en cuanto que tendrá que expresar «los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto a los fines que justifican su adopción» (art.506.1, inciso 2.º).

Sobre la motivación el TC ha sido exigente sobre este particular disponiendo que el auto que resuelva sobre la prisión provisional debe «valorar las circunstancias específicas que, conforme con su presupuesto legal y su fin constitucionalmente legítimo, permitan decidir sobre la misma (SSTC 60/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 60], F. 3; 138/2002, de 3 de junio [RTC 2002, 138], F. 4; 179/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 179], F. 2; y 333/2006, de 20 de noviembre [RTC 2006, 333], F. 3), valoración que, claro está, ha de quedar patente en la motivación»⁴⁹.

En cuanto a la suficiencia y razonabilidad de la motivación «la doctrina constitucional exige que sea resultado de un cuidadoso equilibrio de los intereses afectados (esto es, de un lado, la libertad de la persona cuya inocencia se presume y, de otro, el normal desarrollo del proceso penal y la evitación de hechos delictivos) así como que no sea arbitraria, es decir, que resulte conforme con las reglas del normal discurso lógico y, particularmente, con los fines justificativos de la institución. Precizando tales exigencias, cabe decir que el órgano judicial ha de tomar en consideración básicamente los criterios siguientes, en los que el factor temporal adquiere una singular relevancia: *así, en la fase inicial del proceso*, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse, pueden justificar que dicha medida cautelar se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede razonablemente colegirse el riesgo de fuga. Pero si el proceso se halla *en una etapa más avanzada*, el transcurso del tiempo ha de incidir en la decisión de mantener o prorrogar aquella medida, de manera que han de valorarse también de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y las del caso concreto

⁴⁹ STC 79/2007, de 16 de abril, FJ.3, p. II.

que se hayan conocido durante la investigación (SSTC 47/2000, de 17 de febrero [RTC 2000, 47], F. 3; 8/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 8], F. 4; y 333/2006, de 20 de noviembre [RTC 2006, 333], F. 3). En definitiva, la prisión provisional ha de satisfacer siempre los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe reflejarse en la motivación de la resolución en que se adopte o mantenga, siendo preciso en este último supuesto, esto es, en caso de decisión de continuidad o prórroga, una valoración que trascienda de criterios objetivos como el tipo de delito y la gravedad de la pena y que entre en la apreciación de las particulares características del caso y del afectado»⁵⁰.

La motivación es particularmente singular y relevante en las causas secretas, en que en el auto de prisión se expresaran los particulares del mismo que para preservar el secreto hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse, sin que en la notificación se omita «en ningún caso» una sucinta descripción del hecho imputado y cuál/es de los fines del art. 503 se pretende conseguir con la prisión, notificándose inmediatamente y en su integridad el auto cuando se alce el secreto (art. 506.2 LECRIM y STC 12/2007 de 15 de enero, FFJJ 2 y 3 citando la STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

Los autos relativos a la situación personal del imputado serán puestos en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad puede verse afectada por la resolución (art. 506.3).

Por último, debemos referirnos al renacimiento de la ratificación de la prisión provisional que se preveía en el art. 516 LECRIM y que quedó sin contenido por la Disposición Final 2.6 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 mayo; en efecto, en el caso de que el auto que reuelve sobre la situación del imputado detenido hubiera sido dictado por el Juez no competente tras la celebración de la audiencia del art. 505 LECRIM, «una vez que el Juez o Tribunal de la causa reciba las diligencias, oír al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuere posible y dictará la resolución que proceda»(art. 505.6 *in fine*), lo que supone una reiteración innecesaria de la audiencia del art. 505 de la LECRIM para verificar la corrección del auto dictado, dando una nueva oportunidad al imputado preso de que sus alegaciones puedan ser nuevamente atendidas, normalmente con escaso éxito, siendo el auto meramente ratificador del previamente dictado, coincidiendo en el tiempo con el recurso de reforma o/y apelación interpuesto contra el previamente dictado, por lo que resulta recomendable la desaparición de este nuevo trámite.

⁵⁰ STC 79/2007, de 16 de abril, FJ.3, p.III.

7. Recursos

Una particularidad de la reforma de la LO 13/ 2003 de 24 de octubre fue la unificación total del régimen de recursos en el campo de las medidas cautelares personales más gravosas, que es ya único para todos y cada uno de los tipos procedimentales (ordinario, T. Jurado, abreviado, enjuiciamiento rápido)⁵¹.

No obstante hay que resaltar la propia naturaleza de estos autos de prisión porque no gozan de fuerza de cosa juzgada (ATC 668/1986 de 30 de julio FJ 1 y STC 66/2008 de 29 de mayo, FJ 3) y esto implica no sólo que se pueda solicitar por las partes la modificación de la situación personal del imputado sino consiguientemente que se pueda recurrir la decisión adoptada, en correspondencia con el principio a favor de la reforma del auto durante el curso de la causa que se desprende del art. 539 p. I y II LECRIM, lo que puede determinar que puedan estar pendientes varios recursos en tramitación.

Contra todos los autos que acuerdan, prorroguen o denieguen la prisión provisional podrá interponerse recurso de apelación en los términos del art. 766 que gozará de tramitación preferente (art. 507.1 inciso 1).

Esta remisión al artículo 766 supone que puede interponerse previamente el de reforma o también que puede interponerse el recurso de apelación subsidiariamente a aquel o por separado (art. 766.2). Si la resolución hubiese sido dictada por un órgano colegiado cabría interponer recurso de súplica pero no apelación.

Al margen de la tramitación del recurso de apelación que explícitamente se prevé destaquemos que no es preciso la celebración de vista salvo que lo solicite el apelante, en cuyo caso la Audiencia lo acordará preceptivamente como se deduce del art. 766.5, inciso 1.º, debiendo celebrarse la vista dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en dicha Audiencia, lo que debe armonizarse con el propósito del legislador de que el recurso contra el auto de prisión se resuelva en un plazo máximo de 30 días (art. 507.1, *in fine*) que constituye una buena intención legislativa para apremiar a los jueces y tribunales, pero que en la práctica no tiene otro efecto que el de proceder de forma inmediata a señalar para deliberación, votación y fallo, y desde luego dicho plazo resulta corto si previamente se ha interpuesto el recurso de reforma y más aún si el Juzgado que lo resuelve se ubica en un partido judicial diferente al de la sede del tribunal.

⁵¹ García Pérez, J. J., *op. cit.*, pág. 224.

La apelación lo es sólo en el sentido devolutivo (art. 518), o como señala el art. 766.1, inciso 2.º no suspenderá el curso del procedimiento.

En el caso de que la causa sea secreta, tras el levantamiento del secreto sumarial y la notificación íntegra del auto de prisión podrá recurrirse el auto íntegro (art. 507.2) ampliando las posibilidades de la defensa del imputado para que pueda ejercer en condiciones su derecho al recurso.

Antes de finalizar no podemos dejar de indicar la importancia que tiene en los recursos de apelación el testimonio de los particulares precisos para su resolución no siendo infrecuente encontrarnos con la resolución recurrida y los escritos de las partes sin ningún soporte documental de las alegaciones lo que puede conllevar la desestimación del recurso o en la mayoría de los casos que el propio Tribunal recabe la causa para su conocimiento o solicite la remisión por fax de lo trascendental para resolver, debiendo ser el Ministerio Fiscal y la defensa letrada del imputado quienes hagan el esfuerzo de concretar los particulares a testimoniar para evitar la carencia de datos o los retrasos en la tramitación.

8. *Modalidades de prisión provisional*

A. LA PRISIÓN COMUNICADA

La prisión es por regla general de carácter comunicada, lo que significa que el preso preventivo disfruta de los derechos que se le reconocen en los arts. 522-526 LECRIM y así además de procurarse las comodidades y ocupaciones compatibles con el régimen penitenciario, puede ser visitado por parientes, amigos y ser asistido por el ministro de su religión, pudiendo valerse de los medios de correspondencia y comunicación de los que puede hacer uso, entre otras facultades.

B. LA PRISIÓN INCOMUNICADA

Excepcionalmente la prisión puede ser incomunicada estando prevista en los arts. 509 y 510 LECRIM.

Se acuerda y se prorroga mediante auto motivado (art. 509.3) teniendo que expresar el Juzgado de Instrucción (o Tribunal) cuál de los fines que se expresan en el art. 509.1 LECRIM pretende conseguir con la incomunicación, siendo plenamente coincidentes con los previstos en el art. 503.1.3.º a, b, y c y 5201.2 LECRIM debiendo justificar por qué la incomunicación del preso cumple con tales objetivos no siendo suficiente con la adopción de la medida en régimen de comunicada.

En la práctica la incomunicación resulta eficaz en orden a evitar la influencia del imputado sobre las fuentes de prueba, y en ocasiones se consigue así proteger al testigo víctima de los hechos impidiendo que puedan actuar contra sus bienes jurídicos.

La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros a los que se refiere el apartado anterior (art. 509.2, inciso 1.º), sin que pueda extenderse más allá de 5 días, salvo en los casos en que se acuerde la prisión incomunicada por los delitos de terrorismo a que se refiere el art. 384 bis LECRIM o cometidos por organizaciones criminales, en que se puede prorrogar por plazo no superior a cinco días; también en estos mismos casos puede haber una segunda incomunicación cuando la investigación o la causa ofrezca méritos para ello, sin que pueda exceder de tres días (art. 509.2 LECRIM).

Esta modalidad de la prisión conlleva esencialmente que no pueda realizar ni recibir comunicación alguna (telefónica, postal... ni con parientes o amigos) salvo las que autorice el juez (o tribunal) que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada (art. 510.3)

Además el art. 527 LECRIM al que ya nos referimos suprime al preso incomunicado el disfrute de los derechos del Cap. IV, Tít. VI, Libro II, LECRIM (arts. 520-527) salvo los del art. 520 con las siguientes modificaciones:

- a) Su abogado será designado de oficio.
- b) No tiene derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle o que se comuniquen al consulado de su país si se tratase de extranjeros.
- c) Tampoco tiene derecho a la entrevista reservada con su letrado tras la práctica de la diligencia de que se trate.

C. LA PRISIÓN ATENUADA

Por último, existe la modalidad atenuada de la prisión que reviste dos formas:

- a) *El arresto domiciliario por razón de enfermedad* del preso cuyo internamiento entrañe grave peligro para su salud; este arresto se acuerda con las medidas de vigilancia que resulten necesarias y en especial cuando se le autorice al imputado a salir del domicilio para el tratamiento de su enfermedad (art. 508.1 LECRIM).
- b) *Internamiento en un centro oficial o privado legalmente reconocido para continuación del tratamiento de deshabituación*

a sustancias estupefacientes, cuando el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado del tratamiento, sin que el imputado pueda salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida (art. 508.2 LECRIM).

Desafortunadamente, ninguna de estas medidas suelen ser aplicadas y en especial la relativa a los toxicómanos porque los centros de deshabitación no son generalmente cerrados sino que suelen existir fases en el tratamiento de desintoxicación que requieren simplemente un contacto permanente con sus familiares y sometidos a su control por lo que la prisión provisional resulta impracticable, no pudiendo confundirse esta medida cautelar con una forma sustitutiva del cumplimiento de la pena de prisión que se prevé en el art. 87.

Falta en este precepto la regulación de la prisión atenuada en relación a las personas afectadas por una anomalía o alteración psíquica que se soluciona en la práctica, mientras el sujeto se encuentra afecto a la enfermedad mental, mediante su internamiento involuntario —no penal— para evaluar su situación psiquiátrica o, en casos de mayor gravedad, mediante su ingreso en centro hospitalario penitenciario y posteriormente, situando al enfermo en el departamento de enfermería de las prisiones, pero no son soluciones adecuadas sino meras salidas prácticas ante los problemas que presentan esta tipología de imputado.

9. *La efectividad de la prisión*

Para llevar a efecto la prisión se expedirán dos mandamientos, uno de ellos a la policía judicial que haya de ejecutarlo y otro al director del establecimiento que deba recibir el preso consignando los datos personales del imputado, el delito que ha dado lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella, sin que pueda el director recibir a nadie en condición de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión (art. 511. 1 y 2 LECRIM).

Si *a posteriori* se dictase un auto de libertad provisional, se expedirá mandamiento al director del establecimiento (art. 511.3).

10. *Abono de la prisión preventiva*

Fuera del texto procesal el art. 58.1 CP establece que el término de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena/as impuestas *en la causa en que dicha privación hubiere sido acordada*.

El abono de la prisión preventiva *en causa distinta* solo procederá en el caso de que la medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron a la pena a la que se pretende abonar (art. 58.3 CP), lo que implica que dictada una sentencia absolutoria en la causa en que se acordó, la prisión provisional o, en el caso de que la pena de prisión impuesta fuera inferior a la prisión preventiva sufrida, sólo puede abonarse cuando la prisión provisional se hubiese acordado posteriormente a la verificación del delito por el que fue condenado porque, de lo contrario, sería la consagración a favor del imputado de un crédito delictivo que es inaceptable en un sistema penal democrático.

Sin embargo, desde la STC 57/2008, de 28 de abril, se ha dado una interpretación del precepto con un alcance mayor del que se aceptaba jurisprudencialmente, al admitir que pueda computarse como tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente cuando ha coincidido con el cumplimiento simultáneo como penado en otro procedimiento⁵².

⁵² STC 57/2008, de 28 de abril, FJ. 5-8: «5. Para la resolución de la queja del recurrente en amparo, con la perspectiva constitucional de la STC 19/1999, de 22 de enero (RTC 1999, 19), frente al planteamiento de los Autos de la Audiencia Provincial de 22 de mayo y de 29 de agosto de 2002, hemos de partir del presupuesto de que no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión.

En efecto, dijimos entonces y hemos de reiterar ahora que: «[l]a prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, [de forma que n]o es en modo alguno una especie de pena anticipada». Abundando en esta línea añadíamos que «[l]a distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal». Y concluíamos afirmando, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que: «[d]el hecho de que el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar» (F. 4; doctrina que se reitera en la STC 71/2000, de 13 de marzo, [RTC 2000, 71] F. 5).

6. Sentado cuando antecede, esto es, que no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta, no puede compartirse el argumento de los Autos recurridos de que la liquidación de condena de la pena privativa de libertad se ha practicado en este caso de conformidad con el art. 58 del Código Penal, «al abonarse en esta causa el tiempo de prisión preventiva sufrida durante su

Frente a esta interpretación el TS recientemente ha dictado la STS 1391/2009, de 10 de diciembre en que abre nueva línea de discrepancia con el TC como en materia de prescripción o de justicia universal, porque a juicio del TS la interpretación del TC puede afectar a los principios de seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad y buena fe procesal, considerando que se ha creado un beneficio penitenciario no previsto precisamente por el legislador quedando el licenciamiento definitivo al albur del caso concreto, llegando el TS a proponer una nueva redacción del art. 58.1 CP añadiendo al final en relación con el abono de la prisión provisional en la causa en la que dicha privación de libertad hubiese sido acordada, «salvo en cuanto haya coincidido con cual-

tramitación, desde el 6-6-2002 al 7-7-2002, ya que a partir de esta fecha se encontraba cumpliendo condena por otra causa».

En efecto, una vez despejado el dato, como ya ha quedado señalado, de que el recurrente en amparo estuvo en prisión provisional en el procedimiento penal abreviado núm. 273-2002 desde el 6 de junio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003, ostentando simultáneamente desde el 7 de julio de 2002 hasta el 20 de marzo de 2003 la condición de preso preventivo en dicha causa y la de penado en otra causa distinta, ha de resaltarse que el art. 58.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), en la redacción anterior a la que le ha dado la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903), que era la aplicable en el caso que nos ocupa, disponía que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa en que dicha privación haya sido acordada». Así pues la previsión legal aplicable era, al igual que lo es en la vigente redacción del art. 58.1 CP, la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, careciendo de cobertura legal la exclusión para el referido abono del período de tiempo en el que simultáneamente a la situación de prisión provisional en dicha causa concurre la situación de penado por otra causa.

En este sentido, proyectando al caso ahora enjuiciado las consideraciones que se hicieron en la STC 19/1999, de 22 de enero (RTC 1999, 19), hemos de reiterar que la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o pena impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste (F. 5).

quier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que la haya sido abonada o le sea abonable en ella».

Qué duda cabe que la discusión está servida, porque a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional un día de privación de libertad, con estas circunstancias e incluso si hubiese más de una prisión preventiva acordada, será equivalente a varios días de cumplimiento de las responsabilidades penales establecidas, en contra de lo que hasta ahora se ha venido practicando en las liquidaciones de condena y deberá afectar a las que se practiquen en lo sucesivo en tanto no se reforme el precepto penal.

De otra parte, similar reproche merece el argumento esgrimido en el Auto de 29 de agosto de 2002 de que no puede prosperar la pretensión del recurrente porque «las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente por el condenado, siguiéndose el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, como establece el artículo. 75 del CP». En efecto, el debate litigioso en este caso no estriba en el orden de cumplimiento de las penas impuestas al condenado por diversas infracciones cuando no puedan ser cumplidas simultáneamente, cuestión que aborda y resuelve, como se indica en el Auto, el art. 75 CP, sino la determinación del tiempo de abono de la privación de libertad sufrida provisionalmente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, tema que regula el art. 58.1 CP, en los términos ya indicados a los efectos que a este recurso de amparo interesan.

7. Finalmente tampoco puede considerarse, como se hace implícitamente en los Autos recurridos y expresamente manifiesta el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, que en la situación de coincidencia temporal de las situaciones de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra la prisión provisional no afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (arts. 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento penitenciario [RCL 1996, 521, 1522]), el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una «privación de libertad meramente formal» (STC 19/1999, de 22 de enero [RTC 1999, 19], F. 4).

8. Las consideraciones precedentes han de conducir al otorgamiento del amparo, puesto que la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en el procedimiento abreviado núm. 273-2002 para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa carece de cobertura legal, lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del art. 17.1 CE (RCL 1978, 2836).»

Acusación popular. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos?

Juan Ignacio Echano Basaldúa

Profesor de Derecho penal. Universidad de Deusto

I. Introducción

La pluralidad de partes acusadoras en el proceso penal español¹ es una de sus peculiaridades más reseñables. En el mismo proceso pueden concurrir en pie de igualdad, cuando se trata de delitos públicos, tres acusaciones: la acusación pública, ejercida por el Ministerio Fiscal; la acusación particular que corresponde al ofendido por el delito; y, por último, la acusación popular que puede ejercitar cualquier ciudadano². Debe notarse además que, incluso, pueden coexistir varias acusaciones particulares y acusaciones populares³.

Estas tres modalidades de acusación han estado presentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde su entrada en vigor en 1882⁴, pero a partir de los noventa del pasado siglo, puede apreciarse un paulatino incremento en el recurso a la acusación particular y, sobre todo, a la acusación popular⁵. Son varios los factores que han incidido en este

¹ La doctrina procesal suele recordar que en el proceso penal únicamente puede hablarse de partes en sentido formal, entendiéndose por parte «quien actúa en el proceso pidiendo del órgano jurisdiccional una resolución, esto es, quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando, por medio de sus alegaciones y prueba, el material para la resolución del contenido que postula, quien en síntesis participa de la contradicción en que se resuelve todo proceso». Véase por todos MONTERO AROCA, 2008, 61 s., de quien es el texto citado.

² Sobre los modelos de Derecho comparado véase con amplias referencias PÉREZ GIL, 1998, 119 ss.; DÍEZ-PICAZO, 2000, 35 ss.; LANZAROTE MARTÍNEZ, 1999, 1821 ss.

³ Así lo reconoce el art. 113 LECr.

⁴ También la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 establecía la acción popular en su art. 2 prácticamente en los mismos términos que la actual. Véase más adelante el apartado II.- *Aproximación histórica*.

⁵ GIMENO SENDRA, 1993, 93, distingue tres etapas por las que ha transcurrido esta institución en los últimos tiempos: una primera *abolicionista*, que se extiende hasta la promulgación de la CE de 1978, en la que la doctrina se mostraba partidaria de su extinción; una segunda *permissiva* que inaugura la Constitución y alcanza hasta la promulgación de la LOPJ de 1985, en la que el Poder Judicial la ve con recelo y dificulta su ejer-

incremento y entre ellos se pueden contar el «redescubrimiento» de la víctima de delito y la importancia creciente que va adquiriendo tanto en el proceso como fuera de él⁶; la proliferación de asociaciones que tienen por objeto la defensa de intereses difusos o colectivos⁷; el descubrimiento de la incidencia política, que puede tener la acusación popular en determinados procesos —aireados por los medios de comunicación— por parte de los partidos políticos y de otras asociaciones que persiguen fines asimismo políticos, más o menos confesados o confesables⁸; y el intento de distintos entes públicos, como Gobiernos de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, de desarrollar por esta vía políticas de distinta índole, que en cualquier caso les dota de una imagen favorable ante los ciudadanos⁹. En el campo de lo estrictamente jurídico este incremento se ve facilitado, como indica GIMENO SENDRA, porque «los Tribunales han revisado la doctrina restrictiva y potencian el ejercicio de la acción popular»¹⁰.

Esta situación, en parte novedosa, ha tenido como consecuencia que afloren los inconvenientes que se atribuyen a la acción popular¹¹

cicio (a la que responde el art. 20. 3.º LOPJ); y «una tercera fase *expansiva*, en la que nos encontramos, en la que los Tribunales han revisado la doctrina restrictiva y potencian el ejercicio de la acción popular». En un trabajo posterior GIMENO SENDRA, 2010, 62, en primer lugar, acota la fase *expansiva*, diciendo «que en la jurisprudencia constitucional se extiende hasta el último tercio de la década de los noventa, pero que en el caso del Tribunal Supremo, ha perdurado hasta la publicación de la Sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, dictada en el caso BOTÍN, etapa en la que le T.S. ha permitido al acusador popular comparecer en un proceso ya iniciado sin necesidad siquiera de prestar fianza, le ha exonerado de la condena en costas e incluso le faculta, en ocasiones, a requerir su pago de la parte contraria, etc.»; y, en segundo lugar, añade una «cuarta fase *restrictiva* o realista, en la que nos encontramos y en la que, tanto el T.C. desde la STS 154/1997 hasta esta fecha, como el T.S., a partir de la mencionada STS 1045/2007, han empezado a ceñir el ejercicio de la acusación popular a sus justos límites».

Resultan significativas respecto de la atención que prestan los medios de comunicación a estos supuestos y, por tanto, el público en general, las más de 30 páginas de referencias a que remite un buscador en INTERNET, como GOOGLE, si se introduce el término «acusación popular».

⁶ FAIRÉN GUILLÉN, 1991, 862 ss.

⁷ ARAQUE IZAGUIRRE, 2007, 1457 SS.; BUJOSA VADELL, 1990, 1001 ss.; GERMÁN MANCEBO, 1995, 253 ss.; MARTÍN BERNAL, 1988, 809 ss.

⁸ Baste citar casos como FILESA, ATUTXA, IBARRETXE o EGUNKARIA.

⁹ Véanse al respecto las STC 129/2001, 311/2006, 8/2008 y 18/2008, relativas al ejercicio de la acción popular por las Comunidades Autónomas, que se estudian en el apartado IV.- *¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos?* Puede verse un ejemplo de acusación popular por un ayuntamiento en un caso de tráfico de drogas en la STS 749/2009.

¹⁰ GIMENO SENDRA, 1993, 93.

¹¹ Véanse en el apartado II.- *Aproximación histórica*.

—no voy a hacer referencia al coste que está teniendo para la imagen de la Administración de Justicia— y que su ejercicio se haya cuestionado más que en cuanto a su razón de ser y su conveniencia —que también se ha cuestionado, aunque probablemente por su reconocimiento constitucional de forma más reducida¹²—, en cuanto a los límites que le corresponden. En este sentido se discute si deben limitarse los delitos en los que sea de aplicación¹³, si deben poder ejercerla las personas jurídico-públicas¹⁴; si la defensa de intereses difusos y/o colectivos por quienes, asociados o no, forman parte de los afectados perjudicialmente por el delito, se adecúa a la acusación pública o debe acudir a la acusación particular¹⁵; si en el procedimiento abreviado cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitan el archivo el Juez debe acordarlo así, aun en contra de la opinión de la acusación popular¹⁶; si en caso de pluralidad de acusaciones populares deben aunarse bajo una única representación y dirección letrada¹⁷, etc.

En cualquier caso parece que hay consenso en que debe llevarse a cabo una reforma legal que esclarezca los límites o, si se quiere, las condiciones de su ejercicio¹⁸. Pero una simple lectura de la doctrina revela una notable discrepancia sobre el alcance que debe recibir¹⁹.

¹² Especialmente PÉREZ GIL, 1998, 1 ss., pero también LANZAROTE MARTÍNEZ, 1998, 1824; LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1804.

¹³ BANALOCHE PALAO, 2008, 23 ss.; QUINTERO OLIVARES, 1998, 214; LATORRE LATORRE, 2000, 151 ss.

¹⁴ Véase el apartado IV.- *¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos?*

¹⁵ ARAQUE IZAGUIRRE, 2007, 1457 ss.; BUJOSA VADELL, 1990, 101 ss.; MARTÍN BERNAL, 1988, 809 ss.; LATORRE LATORRE, 2000, 160 ss.; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 58 ss.; PÉREZ GIL, 1998, 621 ss.

¹⁶ Entre la amplia bibliografía relativa a las SSTS de 1045/2007, de 17 de diciembre y 54/2008, de 8 de abril, casos Botín y Atutxa, que se pronuncian de forma dispar sobre esta materia, pueden verse los siguientes comentarios a las mismas: FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 703 ss.; GIMENO SENDRA, 2008, 1463 ss.; GÓMEZ AMIGO, 2008, 1 ss.; JORGE BARREIRO, 2008, 9 ss.; MUÑOZ CUESTA, 2007, 447 ss.; ORTEGO PÉREZ, 2008, 383 ss.

¹⁷ MUÑOZ CUESTA, 2010, 7, ss.

¹⁸ Viene reconociendo la necesidad de una reforma tanto la doctrina como la jurisprudencia y los partidos políticos. Véase en este sentido la STC 124/1997; votos particulares a las SSTS 1045/2007 y 54/2008; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 1994, 790 (Navarra: Fiscal-Jefe, Sr. Vélez Carreras), 1996, 142 (Teruel), 2008, 1025; BANALOCHE PALAO, 2008, 10 ss.; GIMENO SENDRA, 1993, 94, y 2008, 1467; LATORRE LATORRE, 2000, 140 ss.; MORENO CATENA (Dir.), 2000, 399 s.; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 161 ss.; QUINTERO OLIVARES, 1998, 212 ss.; VALERO OLTRA, 1981, 12; y PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA, de 28 de mayo de 2001, punto 17, b).

¹⁹ Baste comparar las propuestas de LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1804, y de OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 161 ss., ambos con referencias.

Por ello estas consideraciones, tras realizar una aproximación histórica a esta institución (apartado II), toman como punto de partida su naturaleza y fundamento (apartado III), y desde esta perspectiva abordan la cuestión relativa al ejercicio de la acusación popular por las personas jurídico-públicas y los partidos políticos (apartado IV).

II. Aproximación histórica

Un somero repaso al origen histórico de la acusación popular permite enfrentarse con una perspectiva más completa, al conjunto de la institución y, señaladamente, a la cuestión de su naturaleza y fundamento así como a los límites que deban corresponder a los legitimados para su ejercicio.

1. La acusación popular, según acostumbra a indicar la doctrina²⁰, hunde sus raíces en el Derecho romano, en especial, en el último siglo de la República²¹, en el que se impone el proceso acusatorio —«trasportación de la forma procesal propia del derecho privado, esto es, del juicio arbitral entre demandante y demandado»²²—, pero sin que se atribuyera a ningún magistrado la función de acusar, de forma que según expone MOMMSEN, «la base del procedimiento acusatorio consistía en lo siguiente: en que llevaba en él la representación de la comunidad, por causa de los daños inferidos a ésta, una persona que echaba sobre sí tal carga y asumía la correspondiente responsabilidad, no de oficio, es decir, por razón del cargo, sino por propia y libre resolución suya; esta persona era el acusador o demandante»²³. La justificación de este procedimiento reside en que todos los ciudadanos tienen derecho a la paz pública y sufren, por tanto, el daño que produce el delito, de forma que cualquiera (*quivis ex populo*)²⁴, está legitimado a defender ese interés privado que es al tiempo público²⁵. De todos

²⁰ LANZAROTE MARTÍNEZ, 1998, 1820; LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1796; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 29 s.; PÉREZ GIL, 1998, 10; SILVELA, 1888, 459 ss.

²¹ MOMMSEN, 1899, 340, que expone escuetamente la situación anterior y las razones que llevan a que el procedimiento inquisitivo de la *cognitio* quedara en segundo plano frente al acusatorio de las *quaestiones*.

²² MOMMSEN, 1899, 340 s.

²³ MOMMSEN, 1899, 363.

²⁴ No obstante, debe tenerse en cuenta que se establecen no pocas excepciones, de forma que no todos pueden acusar, como exponen MOMMSEN, 1899, 366 ss., y PÉREZ GIL, 1998, 14 ss.

²⁵ PÉREZ GIL, 1998, 12, citando a CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Vol. II. p. 299 (trad. de la Editorial Temis, Bogotá, 1973).

modos debe indicarse que con el fin de motivar a la acusación se otorgaban recompensas a los acusadores victoriosos²⁶.

Posteriormente, en la época clásica, el proceso por delitos públicos (*crimina*) comienza a iniciarse tanto por iniciativa del magistrado (*inquisitio*) como por la acusación de cualquier ciudadano (*acusatio*) y, por último, en la época imperial, la *acusatio* queda reservada a quienes tuvieran un interés personal en la persecución del delito, de modo que la *inquisitio* pasa a ser la forma habitual de iniciación del procedimiento; además se amplía de forma notable el concepto de delitos públicos, por lo que se incrementa aún más el ámbito propio del proceso inquisitivo en detrimento del acusatorio²⁷.

2. El sistema de acusación pública del Derecho romano clásico es recibido «en su plenitud» en el ordenamiento jurídico español bajomedieval a través de Las Partidas²⁸. La Ley 2 del Título I de la Séptima Partida establece: «Acusar puede todo ome que non es defendido por las leyes deste nuestro libro»²⁹. PÉREZ GIL indica que Las Partidas fijaron el esquema del proceso romano-canónico que perdura durante siglos y que se verá reflejado posteriormente en las normas procesales del período codificador. Por ello afirma que «en Las Partidas se encuentra el origen inmediato de la posibilidad de cualquier ciudadano de deducir acusación»³⁰.

3. A pesar de que conforme a los autores de la primera mitad del s. XIX la acusación popular es utilizada muy escasamente³¹, de la mano de los intentos codificadores se suscita, al igual que en otros países, la cuestión relativa a la conveniencia de mantener la acusación popular o, por el contrario, de seguir el modelo francés que establece el monopolio de la acusación a favor del Ministerio Público³². A este respecto es de especial interés tener presente la opinión de dos autores, cuya influencia en el pensamiento penal español de la época nos consta y

²⁶ MOMMSEN, 1899, 343; PÉREZ GIL, 1998, 13.

²⁷ MOMMSEN, 1899, 345 ss.; PÉREZ GIL, 1998, 13 s.

²⁸ La expresión es de PÉREZ GIL, 1998, 38.

²⁹ *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente, Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Majestad*. Impresso en Salamanca. Por Andrea de Portonaris, Impressor de su Majestad. 1555. (Edición facsímil, BOE, Madrid, 1985).

³⁰ PÉREZ GIL, 1998, 38, texto y nota 18.

³¹ PÉREZ GIL, 1998, 52 ss., con amplias referencias.

³² Sobre el sistema francés véanse DIEZ-PICAZO, L.M., 2000, 113 ss., y PÉREZ GIL, 1998, 121 ss.

cuyo planteamiento acepta, en último término, el ordenamiento jurídico español, FILANGIERI y BENTHAN³³.

FILANGIERI se pronuncia en contra de entregar el monopolio de la acusación al Ministerio Público, al «vindicador público», porque lo ve como «un magistrado creado y pagado por el Príncipe, que debe al Príncipe el cargo que regenta y del qual puede privarle»³⁴. Se muestra partidario del sistema del Derecho romano debidamente corregido³⁵ y del inglés, que tienen en común que son los particulares quienes llevan a cabo la acusación. «La libertad de acusar —afirma— es una prerrogativa que no puede separarse del derecho de ciudadano sin dar en los mayores males y más graves desórdenes», por ello entiende que la solución es «devolver este derecho al ciudadano y combinarlo con la dificultad de abusar»³⁶. No obstante, es consciente de que puede haber delitos que no sean objeto de acusación por los particulares y propone para estos casos la figura de un magistrado que sustente la acusación, distinto al llamado a dictar sentencia, de forma que quede garantizada la separación de las funciones de acusar y juzgar³⁷. A su juicio, por tanto, «la vía ordinaria debía ser por acusación, y la extraordinaria por pesquisa»³⁸.

Similar es la opinión de BENTHAM. Considera que no puede aceptarse un modelo que confíe tan sólo a los particulares la persecución de los delitos: estos carecen de incentivos para perseguir los delitos públicos que no afectan a sus intereses y no basta la buena voluntad de los interesados para conducir con acierto la acusación, que quedaría en sus manos, de forma que podrían dejarse de perseguirse los delitos. Tampoco considera acertado que los particulares sean incentivados por recompensas pecuniarias para llevar la acusación, porque las personas de fortuna, de espíritu cultivado, de sentimientos delicados no serían atraí-

³³ Sobre la influencia de ambos en el CP de 1822 y con anterioridad, véanse por todos ANTON ONECA, 1965, 263 ss., y CASABÓ RUIZ, 1962, 313 ss.

³⁴ FILANGIERI, 1813, t. IV (Libro III, Capítulo III), 61, criticando expresamente la propuesta de MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes, Libro 6, Capítulo 8*, donde se pregunta retóricamente si se podrá confiar más en el ciudadano que acusa, que en quien debe todo al monarca, si entendemos que el interés es quien guía el comportamiento.

³⁵ FILANGIERI, 1813, t. IV (Libro III, Capítulo III), 12 ss., insiste en la necesidad de adoptar medidas que corrijan los abusos en que pueden incurrir los particulares (colusiones con el acusado, ocultación de pruebas, venta del silencio,...), por lo que propone sanciones drásticas para la calumnia y la prevaricación, así como la exclusión de determinados grupos de personas.

³⁶ FILANGIERI, 1813, t. IV (Libro III, Capítulo III), 69.

³⁷ FILANGIERI, 1813, t. IV (Libro III, Capítulo III), 81 ss., donde critica el sistema inquisitivo vigente en la mayor parte de los países y defiende el sistema acusatorio.

³⁸ FILANGIERI, 1813, t. IV (Libro III, Capítulo III), 87.

das y tal vez este «medio envilecedor» quitara a la justicia más colaboradores gratuitos que los mercenarios que facilitaría; además las recompensas habrían de ser dispendiosas, toda vez que la duración de los procesos puede ser larga; y, por último, nadie asegura que la recompensa no sea superada por otra mayor. La inviabilidad de este sistema acusatorio le lleva a defender la necesidad de instituir un magistrado, una acusación o «parte pública», pero no a entregarle el monopolio de la acusación y rechazar los «acusadores voluntarios», en primer lugar, porque disminuiría la certeza de la pena: cuantas más personas se ocupen de que la ley sea aplicada, hay más posibilidades de que lo sea; en segundo lugar, porque dar a este magistrado el poder de abrir o no el acceso a los tribunales, es darle (a él o a sus superiores) el derecho de suspender la leyes; y, por último, porque impedir a los particulares voluntarios llevar a cabo la acusación podría retirar a los más competentes en el caso concreto. Por ello su propuesta es admitir tanto el acusador voluntario como el oficial: «he ahí dos poderes rivales, que se observarán, incitarán y contendrán mutuamente»³⁹.

4. La generalización de la acusación popular en los términos que encontramos en las LECr de 1872 y 1882 solamente se encuentra en dos textos anteriores a ellas y ambos del trienio liberal. El Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1821, que no llegó a tener vigencia⁴⁰, establece en su art. 5: «La misma acción respecto de los delitos públicos corresponde no sólo a los funcionarios encargados por ley, sino también a cualquier español»⁴¹. A su vez el Código penal de 1822 —de vigencia muy limitada⁴²— mantiene el sistema acusatorio tradicional vigente, de forma que admite la acusación particular así como la acusación pública. En efecto, su art. 134 reza: «La ley concede a todo español, no infame, la acción para acusar criminalmente ante los jueces ó tribunales respectivos cualquiera de las culpas ó delitos públicos que se cometan, exceptuándose únicamente las personas á quienes en el Código de procedimientos se prohíba el ejercicio de este derecho, ya en general ya en casos determinados»⁴³. En cualquier caso debe notarse que conforme al propio art. 134 la ausencia de acusación pública

³⁹ BENTHAM, 1830, 33-35, de donde es la cita.

⁴⁰ Sobre el Proyecto véase LASSO GAITE, 1975, págs. 29 ss. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 1999, 1014, indica que fue influido por el francés de 1791 y el inglés.

⁴¹ PÉREZ GIL, 1998, 58, que indica las excepciones y otros aspectos de la regulación que recibía la acusación pública.

⁴² ANTON ONECA, 1965, 274 s.

⁴³ Los arts. 135 y 136 establecen cuáles son las culpas y delitos públicos a efectos de la acusación por medio de acción popular.

no impedía que las autoridades procedieran a la averiguación, persecución y castigo de los delitos⁴⁴. Resulta significativo el tenor del art. 138 que valora positivamente la acusación popular, pero al tiempo muestra cierta prevención frente a ella: «El que acuse judicialmente una culpa ó un delito de los públicos hace un servicio á la sociedad y contrae un mérito, si procede con verdad y con justicia: de lo contrario será castigado con la pena correspondiente según este Código»⁴⁵.

Esta regulación del Trienio Liberal que se acomoda al Derecho real del Antiguo Régimen y coincide en lo sustancial con las propuestas de FILANGIERI y BENTHAM, a las que no son ajenas el modelo inglés, parece marcar en alguna medida el imaginario liberal sobre esta materia.

5. Como indica PÉREZ GIL⁴⁶, los distintos proyectos y textos legales⁴⁷ que se suceden hasta 1872 oscilan entre mantener el derecho a acusar de todo ciudadano, eliminando así la posibilidad de abusos por parte del Poder Ejecutivo —«la posibilidad del control de la aplicación de la norma penal»⁴⁸—, y rechazar la acusación popular, eludiendo el riesgo de entrada en el proceso de intereses espurios de los acusadores, especialmente, cuando ya se ha creado una nueva figura, el Ministerio Fiscal, que tiene tal función⁴⁹. Pero paulatinamente se insiste cada vez en mayor medida en que la acción penal es esencialmente pública y que debe ser ejercida por el Ministerio Fiscal. En este sentido el Pro-

⁴⁴ El art. 134 añade a lo transcrito: «La falta de acusación, ó su desamparo por el acusador, ó el desistimiento de este no estorbarán de modo alguno que las autoridades procedan de oficio á la averiguación, persecución y castigo de dichos delitos, con arreglo al propio Código de procedimientos».

⁴⁵ El art. 139 establece la obligación de prestar fianza de calumnia y de que no desamparará la acusación, a que puede quedar sujeto el acusador popular.

⁴⁶ PÉREZ GIL, 1998, 55.

⁴⁷ Las Constituciones de 1837, 1845 y 1856 no hacen referencia a esta materia, pero la de 1812 establecía en su art. 255. 2 la acción popular para perseguir los delitos de soborno, cohecho y prevaricación de jueces y magistrados y su art. 300 parece que admitía la acusación popular, lo que no debe extrañar, porque todavía estaba en vigor el sistema de Las Partidas (PÉREZ GIL, 1998, 57).

Una disposición igual al art. 255.2 de la Constitución de 1812 contiene el art. 45 del Estatuto Real de 1834. La Constitución de 1869 acogía la acusación pública respecto de los delitos que cometieran los jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos (art. 98. II).

⁴⁸ La expresión es de PÉREZ GIL, 1998, 55.

⁴⁹ Excluyen la acusación popular los Proyectos de Código Criminal de 1829 y 1834 y los Proyectos de Enjuiciamiento Criminal de Peña Aguayo de 1844, de Ortiz de Zúñiga de 1853, las Bases de Enjuiciamiento Criminal aprobadas por la Comisión General de Codificación de 1857 y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Penal de 1858. No parece excluir la acusación popular el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835. Sobre estos textos véanse LASSO GAITE, 1975, 54 ss., y PÉREZ GIL, 1998, 61 ss.

yecto de 1858 afirma que «la persecución de los delitos es una función pública cuyo desempeño corresponde principalmente al Estado, y que salvo ciertas excepciones, no debe abandonarse al interés privado»⁵⁰. Esto no impide, sin embargo, que en todo caso se admita la acusación particular llevada a cabo por el perjudicado, a diferencia del sistema francés o alemán de la época, que otorgan el monopolio al Ministerio Público⁵¹ y que la acusación pública sea objeto de una amplia aceptación en normas sectoriales⁵²

6. Esta misma oscilación entre una y otra postura está presente en la doctrina. Algunos autores de inicios del s. XIX ponen de relieve las debilidades de la acusación popular, pero no solicitan que desaparezca. Se limitan a señalar el escaso uso que se hace de ella, indicando que incluso los perjudicados rehúsan acusar a causa del principio religioso que les aconseja el perdón de los enemigos, de las incomodidades, sinsabores y gastos que supone, y de la responsabilidad en que podrían incurrir si no llegan a probar la acusación⁵³; la necesidad de que sea el Ministerio Público quien intervenga en las causas por delitos públicos, aunque concurra la acusación de algún particular, por existir un interés público en la persecución y castigo del delito; y el recelo que suscitan los acusadores populares que pueden recurrir a la calumnia para perseguir metas como la venganza, el odio, la codicia o la ambición y por ello se precisa que los jueces actúen con la mayor cautela⁵⁴. Pero, incluso, cuando se plantean si conviene mantener o prohibir el derecho de acusar a todos los ciudadanos, no pocos se decantan por su mantenimiento, reconociendo que cuando alguno la ejerce sirve de ejemplo a sus conciudadanos y de freno a los delincuentes, que ven en cada uno que le rodea un «vigilante observador de su conducta»⁵⁵.

7. La LECr de 1872 en su art. 2 estableció el ejercicio de la acción popular prácticamente en los mismos términos que los actuales. «La

⁵⁰ Citado por PÉREZ GIL, 1998, 66.

⁵¹ PÉREZ GIL, 1998, 64 ss. Sobre el sistema alemán véase asimismo PÉREZ GIL, 1998, 126 ss.

⁵² Así en las normas relativas a los delitos de imprenta (1820, 1844, 1852), a los delitos de contrabando (1852), a las infracciones de policía de ferrocarriles (1877), a los delitos electorales (1870) y a los delitos cometidos por los regidores municipales (1870). Véase PÉREZ GIL, 1998, 67 ss.

⁵³ GÓMEZ DE LA SERNA, P. - MONTALBAN, J.M., *Tratado Académico-Forense de los Procedimientos Judiciales*, T. III, Madrid, 1861, pág. 10, citados por PÉREZ GIL, 1998, 64.

⁵⁴ PÉREZ GIL, 1998, 52 ss., con muy amplias referencias.

⁵⁵ Así GARCIA GOYENA, F. - AGUIRRE, J., *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, T. VIII, 3.ª ed., Madrid, 1845, citados por PÉREZ GIL, 56.

acción penal —dispone— es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de esta ley». El reconocimiento de la acusación popular que habría sido rechazada por los distintos proyectos precedentes «se debió a una decisión política», según indica PÉREZ GIL, que asimismo pone de relieve las duras críticas de que fue objeto por parte de la judicatura en los informes de las Audiencias sobre el todavía Proyecto, en los que se ponían de relieve los peligros de que se abusara de la justicia por los acusadores (saña, rencor, especulación, malas pasiones), la duplicación de los trámites «y por consiguiente los mayores dispendios, la dilación y la denegación parcial de la justicia misma»⁵⁶, así como la falta de necesidad de tal acusación, cuando ya existía el Ministerio Fiscal, representante legítimo del interés de la sociedad⁵⁷. La doctrina, por el contrario, se manifestó «de manera generalizada» a favor del reconocimiento del principio de la acusación popular, «continuator de nuestra tradición jurídica y reinterpretado al calor de la ideología liberal en una época de especial turbulencia política»⁵⁸, si bien no se aportan razones adicionales a las ya vistas que aconsejen su reconocimiento, salvo quizá una mayor insistencia en los aspectos relativos a «su valor político derivado de nuestro sistema constitucional y democrático» y por ello se considera necesario para la debida represión de los delitos, la adecuada combinación de la acusación oficial con la de los ciudadanos, evitando así el riesgo de que el Ministerio Fiscal se abstenga de perseguir o lo haga con lenidad y posibilitando que se asiente la solidaridad del interés público y privado⁵⁹.

8. Los textos elaborados por la Comisión sobre Reforma del Procedimiento Penal que se van aprobando paulatinamente a partir del 1879 eliminan la acusación popular y mantienen la acusación particular, siendo este planteamiento aprobado por la Sección de la Comisión que se encargaba de la redacción del texto del Proyecto. No obstante, posteriormente este planteamiento sufrió una variación radical, sin que conste cuándo⁶⁰, de forma que finalmente aparece la literalidad del actual art. 101 de la LECr: «La acción penal es pública. Todos los ciuda-

⁵⁶ PÉREZ GIL, 1998, 73, citando el informe de la Audiencia de Madrid

⁵⁷ PÉREZ GIL, 1998, 73, citando el informe de la Audiencia de Sevilla

⁵⁸ PÉREZ GIL, 1998, 74.

⁵⁹ PÉREZ GIL, 1998, 74 ss., con muy amplias referencias.

⁶⁰ PÉREZ GIL, 1998, 80, n. 141, indica que «Esta rectificación es sólo comprensible desde el espíritu conciliador y de arbitraje de fórmulas de transacción que distinguió en la Comisión de Códigos a ALONSO MARTÍNEZ y que, con toda probabilidad, podía haber contribuido a la búsqueda de soluciones consensuadas.»

danos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley». No obstante, esta importante transformación no afectó a la estructura de la ley, que se mantuvo como si sólo concurrieran dos tipos de acusación, la oficial o pública a ejercer por el Ministerio Fiscal y la particular a ejercer por el perjudicado por el delito, a pesar de coexistir ambas con una tercera, la popular que puede ejercer cualquier ciudadano. Esta deficiencia de regulación, que resulta poco explicable, se arrastra hasta hoy.

9. Con posterioridad la LECr ha mantenido sin modificaciones sustanciales⁶¹ la insuficiente regulación sobre esta materia, que se limita a determinar quiénes pueden ejercer la acusación (arts. 102, 103), la forma en que debe llevarse a cabo (art. 270) y la posibilidad de que se exija fianza (art. 280)⁶².

Casi cien años más tarde el ejercicio de la acción popular conforme a lo dispuesto en las leyes ha alcanzado reconocimiento en el art. 125 CE, si bien se le prestó muy escasa atención en el proceso de elaboración de la Constitución⁶³.

Por último, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 19. 1 reitera lo dispuesto en el art. 125 CE y su art. 20.3 establece que «no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita».

Durante este largo período poco se ha añadido a los argumentos sobre la pertinencia o no de la acción pública y sus límites. Se han pronunciado contra ella autores de relevo como ALCALÁ ZAMORA⁶⁴ o

⁶¹ El art. 103 ha recibido la redacción actualmente vigente por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, pero su alcance ha de considerarse limitado.

⁶² Sobre las vicisitudes de la acción popular en los distintos Anteproyectos (1938, 1942, 1962), Anteproyectos de Bases (1929, 1932, 1967) o Proyectos de ley (1891), que se mantuvo como subsidiaria a la acusación pública o fue limitada o desapareció véase PÉREZ GIL, 1998, 91 ss., pudiéndose ver una clara tendencia a una reducción de su alcance más o menos drástica.

⁶³ PÉREZ GIL, 1998, 202 s., analiza el proceso de elaboración del art. 125, pone de relieve que los constituyentes se ocuparon fundamentalmente del jurado y que fue su intención rechazar la admisión ilimitada de la acción popular en asuntos de interés público y remitir su alcance a la ley. Una interpretación totalmente distinta a partir del espíritu, origen y tenor literal del art. 125 CE defiende GIMBERNAT ORDEIG, 2010, 3, para quien de lo que trata este artículo es de «acorarzar frente al legislador ordinario la institución de la acción popular».

⁶⁴ ALCALÁ ZAMORA, 1929, 530 ss.

GÓMEZ ORBANEJA⁶⁵ y un largo etcétera⁶⁶ y a favor otros de no menos relieve, como SILVELA⁶⁷ o AGUILERA DE PAZ⁶⁸ y, tras la Constitución entre otros, FAIRÉN GUILLÉN⁶⁹, GIMENO SENDRA⁷⁰, ALMAGRO NOSETE⁷¹, ANDRÉS IBAÑEZ – MOVILLA ÁLVAREZ⁷², ARMENTA DEU⁷³ o GÓMEZ COLOMER⁷⁴. En último término, su aceptación o rechazo es una decisión de política jurídica a partir del conjunto de argumentos a favor y en contra, que se han ido viendo de la mano de la exposición precedente.

Tal como la regla nuestro ordenamiento procesal responde al planteamiento liberal de principios del s. XIX, renovado a finales del mismo siglo, que se ve favorecido por una «relectura» de los antecedentes de Derecho romano y de Derecho real español, así como por la atracción del «modelo inglés»⁷⁵. Posteriormente la Constitución de 1978 la reconoce como un derecho a participar o colaborar con la Administración de Justicia con los límites que le otorgue la ley, introdu-

⁶⁵ GÓMEZ ORBANEJA, 1947, 227 ss., rechaza la regulación actual de la acusación popular criticando punto por punto el planteamiento de ALIMENA, «L'azione penale popolare», en *Studi di Procedura penale*, Uthet, Torino, 1906, 174 ss., defensor caracterizado de la misma, y recuerda que como expone ALIMENA, si se trata de evitar el riesgo que pueda provenir de la inactividad del Ministerio Fiscal, será suficiente con que el ejercicio de la acusación popular sea subsidiario y no adhesivo; asimismo entiende que «encierra en sí el peligro de «privatización» del proceso penal».

Puede verse una respuesta a sus argumentos en FAIRÉN GUILLÉN, 1986, 40 ss., y ARMENTA DEU, 2003, 12 ss., quien pone de relieve que el «peligro de privatización» real proviene más bien de la aproximación de los procedimientos penal y civil que se manifiesta en la regulación de la conformidad o de las distintas modalidades de reparación.

⁶⁶ LANZAROTE MARTÍNEZ 1996, 718 ss.; PÉREZ GIL, 1998, 1 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, 1952, 117; SÁEZ JIMÉNEZ- LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, 1966, 878 ss.; VIADA Y LÓPEZ PUIGCERVER, 1950, 337 s.; ZAFRA, 1961, 796.

⁶⁷ SILVELA, 1888, 457 ss.

⁶⁸ AGUILERA DE PAZ, 1923, 534 s.

⁶⁹ FAIRÉN GUILLÉN, 1986, 40 ss.; 1989, 602 ss.; y 1991, 862 s.

⁷⁰ GIMENO SENDRA, 1982, 338 ss.; y 1993, 87 ss.

⁷¹ ALMAGRO NOSETE, 1989, 225 ss.

⁷² ANDRÉS IBAÑEZ – MOVILLA ÁLVAREZ, 1986, 308 ss.

⁷³ ARMENTA DEU, 2003, 12 ss., que pone de relieve que limitar el uso de la acción popular nada tiene que ver con la consolidación del sistema acusatorio (p. 16 s.) y que, por el contrario, sí resulta difícil de conciliar la acusación popular con el principio de oportunidad, que, sin embargo, no tiene que ver con el proceso acusatorio (p. 17 s.).

⁷⁴ GÓMEZ COLOMER, 1987, 31 s.

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, 2000, 154, pone en duda que fuera bien conocido y entendido por los autores de la época. Ciertamente la referencia de la Exposición de Motivos (anteúltimo párrafo) al espíritu de los ciudadanos ingleses que hacen inútil la institución del Ministerio Público parece exagerada.

ciendo ya la perspectiva propia de un Estado social y democrático de derecho⁷⁶.

III. Naturaleza jurídica y fundamento

1. Naturaleza jurídica

GIMENO SENDRA indica que la acción penal popular «puede concebirse como un derecho fundamental, cívico y activo, que se ejercita en forma de querrela, mediante el cual todos los sujetos de derecho, con la capacidad de actuación procesal necesaria, y que no resulten directamente ofendidos por el delito, pueden suscitar la incoación del proceso penal y comparecer en él como partes acusadoras en orden a ejercitar la acusación pública»⁷⁷.

Ciertamente el ejercicio de la acción penal popular es un derecho constitucionalmente reconocido a los ciudadanos españoles (art. 125 CE) y por ello cívico, cuya concreta configuración o alcance legal se atribuye a la legislación ordinaria por el propio art. 125 CE, de forma que la acción penal constituye una institución que obligatoriamente ha de estar contemplada en la legislación procesal, si bien corresponde a las Cortes establecer su regulación por medio de la legalidad ordinaria⁷⁸, concretamente por medio de la legislación procesal, que es competencia exclusiva del Estado conforme al art. 149. 1. 6ª CE.

La acusación popular puede configurarse, además, en ocasiones, como un derecho fundamental, dada su posible inclusión en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁷⁹. En este sentido el Tribunal Constitucional, tras ciertas vacilaciones⁸⁰, ha venido a afirmar la vulneración del art. 24.1 CE, cuando se deniega el acceso al proceso como parte a una acusación popular en caso de que la defensa del interés común sirva para defender «un interés legítimo y personal»; en caso contrario, solamente se podrá alegar vulneración de este derecho fun-

⁷⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 1993, 719 (Cádiz).

⁷⁷ GIMENO SENDRA, 1993, 89.

⁷⁸ Véase por todos OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 48 s.

⁷⁹ BANACLOCHE PALAO, 2008, 18 ss.; GIMENO SENDRA, 1993, 89 S.; LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1798; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 43. En contra PÉREZ GIL, 1998, 276 ss.; QUINTERO OLIVARES, 1998, 215. Resulta excesiva la afirmación de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO – GUTIÉRREZ, 2005, pág. 504, «constituye un derecho fundamental».

⁸⁰ Véase STS 50/1998, de 2 de marzo, en la que se expone la evolución de su doctrina. Véanse asimismo los comentarios de BANACLOCHE PALAO, 2008, 18 ss.; FERNÁNDEZ LE GAL, 709 s., y OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 43 ss.

damental si se producen «resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incurtidas en error patente»⁸¹.

Se trata de un derecho de «vocación participativa», es una forma de colaboración ciudadana en la Administración de Justicia, instando la actuación del órgano jurisdiccional en la defensa de la legalidad, es decir, «existe una colaboración con el poder público en la consecución de intereses generales propia del Estado social»⁸².

Este derecho constitucional no va más allá de un derecho a iniciar el proceso y, en su caso, a mantenerlo (*ius ut procedatur*)⁸³, pero no puede verse en ningún caso como un derecho a la condena, ni cabe recurso de amparo contra una sentencia absolutoria⁸⁴. Supone el ejercicio por un particular de una función pública, cual es la acusación. Se trata del ejercicio de una acción penal principal, que puede ser ejercitada en los delitos públicos con independencia de que el Ministerio Fiscal o el perjudicado, en caso de que lo haya, insten o no la acusación⁸⁵.

La forma legal establecida para su ejercicio es la querrela (art. 270, l y 761 LECr) y es preceptiva la prestación de fianza (art. 280 LECr), si bien esta exigencia ha quedado limitada por lo dispuesto en el art. 20.3

⁸¹ STC 79/1999, de 26 de abril y las citadas en ella. Véanse asimismo autores citados en la nota anterior. La cuestión que plantea la STC, como indica FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 709 s., es determinar cuándo se produce esta concurrencia de un interés legítimo y personal que acompañe al interés general propio de la acusación popular. Cuestión a la que responde diciendo: «Esta afirmación nos sitúa lógicamente ante una diferencia en función de los intereses protegidos por los tipos penales en cuestión ya que la concurrencia de intereses, personal y público, en el acusador popular sólo se dará en aquellos delitos que protegen bienes supraindividuales o comunitarios, es decir, en aquellos delitos en los que no existen perjudicados directos que lógicamente se personarían como acusación particular. Siendo así la manera de defender el interés personal será defendiendo el interés público. Sólo en ese caso el engarce con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sería perfecto. Según la jurisprudencia constitucional sobre el tema no existe duda de que tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo su fundamento constitucional es diferente. Mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE y no precisa afirmar que el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación el acusador particular deriva directamente del art. 24. 1 CE en cuanto perjudicado por la infracción penal (por todas STC 34/1994)». En similar sentido respecto los bienes jurídicos afectados por el delito GIMENO SENDRA, 2010, 64.

⁸² FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 710 s.

⁸³ Por todos OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 47.

⁸⁴ SSTC 41/1997 y 74/1997

⁸⁵ BANACLOCHE PALAO, 2008, 20 ss.; MONTERO AROCA, 2008, 68. Discute la doctrina si la acusación popular tiene cabida en los delitos semi-públicos una vez que se ha producido la denuncia o querrela por parte del ofendido, véase al respecto LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1981 s., con referencias.

LOPJ que establece: «no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita». Una vez aceptada la querrela por el órgano jurisdiccional, el acusador se constituye en parte.

2. Fundamento

La doctrina actual atribuye un doble fundamento a la acusación popular, que se viene indicando prácticamente desde principios del s. XIX, aunque actualmente alcanza perfiles distintos en sus concreciones. No obstante, algunos autores le atribuyen tan sólo uno de los fundamentos a que se hace referencia seguidamente y otros añaden el de fortalecer la imagen de la justicia u otros similares, que parecen más bien un efecto concomitante que su fundamento⁸⁶.

A. Buen número de autores indica que la acusación popular «asume un papel político de participación del pueblo en la justicia»⁸⁷. Ven en la acusación popular una vía que permite a los ciudadanos ejercer su derecho a intervenir en la persecución del delito y, por tanto, en el mantenimiento de la legalidad y el orden social; una vía que posibilita la colaboración ciudadana en la Administración de Justicia o, si se quiere, con el Poder Judicial, que es uno de los poderes del Estado⁸⁸. En este sentido QUINTERO afirma que «con la acción popular se ofrece una vía de honesta y cívica participación en la justicia como cosa que, en último término, debe ser patrimonio de la ciudadanía, que la ha de impulsar (mediante la acción popular) y administrar (mediante el jurado)»⁸⁹. «Se trata —en último término— del ejercicio por un particular de una función pública, el *ius accusandi*»⁹⁰. Como indican ANDRÉS IBÁÑEZ-MOVILLA ÁLVAREZ, «se reconoce al particular la posibilidad de defender un interés que no le concierne como simple particular, sino como miembro de una determinada colectividad o bien de un ente público en el cual la comunidad en cuestión encuentra su expresión jurídica»⁹¹.

⁸⁶ Véase al respecto PÉREZ GIL, 1998, 609 ss.

⁸⁷ GIMENO SENDRA, 1993, 89. En el mismo sentido SANZ PÉREZ, 2008, 1258.

⁸⁸ Ya en este sentido SILVELA, 1888, 483. Véase asimismo la STS 1045/2007, de 17 de diciembre; FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 709 S.; MORENO CATENA (dir), 2000, 395; MUÑOZ CUESTA, 2007, 447.

⁸⁹ QUINTERO OLIVARES, 1998, 209 s.

⁹⁰ GÓMEZ COLOMER, 1987, 29, de quien es la expresión; GONZÁLEZ-CUELLAR – GUTIÉRREZ, 2005, 503, 505.

⁹¹ ANDRÉS IBÁÑEZ – MOVILLA ÁLVAREZ, 1986, 308 s.

Por muy utópica que resulte esta perspectiva, «ciudadano velador en cierta manera de los intereses públicos»⁹², no puede pasarse por alto el creciente número de asociaciones que tienen por finalidad la defensa de determinados derechos o intereses difusos, colectivos o de grupo⁹³. Que cualquier ciudadano tenga derecho a intervenir en el restablecimiento del orden jurídico, colaborando con la Administración de Justicia, aun cuando no haya sido perjudicado por el hecho delictivo, es la idea básica del antiquísimo proceso acusatorio del Derecho romano, presente también en el Derecho inglés y que fue retomada por el liberalismo decimonónico español⁹⁴ y es defendida hoy día como positiva, aunque deba subrayarse que nada es viable sin el Ministerio Fiscal⁹⁵, lejos ya del planteamiento, ciertamente utópico, de que los ciudadanos llegarían a implicarse tanto que se haría innecesaria la institución del Ministerio Fiscal⁹⁶.

Esta vertiente de la acusación popular ha dado lugar a distintas expresiones que podemos encontrar en la doctrina. GIMENO SENDRA afirma que su vida «está ligada consustancialmente a la democracia»⁹⁷; FAIRÉN GUILLÉN considera que es el «instrumento más democrático de abrir el proceso»⁹⁸; ALMAGRO NOSETE la califica de «escuela de ciudadanía y símbolo inequívoco de democracia»⁹⁹; MONTERO AROCA se refiere a «una conquista española de civilización política y jurídica»¹⁰⁰, y en el mismo sentido se pronuncia CONDE-PUMPIDO FERREIRO al indicar que la acusación popular representa un plus en el ejercicio democrático y constitucional de la participación en el proceso penal de los ciudadanos¹⁰¹. Ciertamente estas afirmaciones reflejan el espíritu

⁹² La expresión es de ANDRÉS IBÁÑEZ – MOVILLA ÁLVAREZ, 1986, 3313.

⁹³ Subraya este aspecto LUZON CÁNOVAS, 2002, 1797; véanse asimismo autores citados en la nota 15.

⁹⁴ Véase, por todos, la espaciosa exposición de PÉREZ GIL, 1998, 7 ss. En este sentido cabe resaltar la opinión de AGUILERA DE PAZ, 1923, 534, para quien «la acción para perseguir el delito es de derecho natural para todos los ciudadanos, puesto que a todos afecta la infracción de la ley y la perturbación del orden jurídico en su cualidad de participantes del interés público lesionado».

⁹⁵ Que la ausencia de la acusación pública no es viable, lo demuestra mejor que nada el ordenamiento jurídico inglés, que paulatinamente ha acabado por introducir la figura de un acusador público. Véase PÉREZ GIL, 1998, 177 ss.; DIEZ-PICAZO, 2000, 35 ss.

⁹⁶ GIMENO SENDRA, 1993, 88, atribuye este planteamiento al legislador basado en un pasaje de la Exposición de Motivos.

⁹⁷ GIMENO SENDRA, 1993, 94.

⁹⁸ FAIRÉN GUILLÉN, 1992, 22.

⁹⁹ ALMAGRO NOSETE, 1989, 227.

¹⁰⁰ MONTERO AROCA, 2008, 68.

¹⁰¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1992, 434.

al que responde la presencia de la acusación popular en la LECr y a su constitucionalización actual¹⁰², pero no debe pasarse por alto que ha coexistido con periodos negros desde el punto de visto del respeto a las libertades cívicas y que incluso ha sido un instrumento del que se han valido estados totalitarios con el fin de controlar en mayor medida a sus ciudadanos, como expone PÉREZ GIL en relación con la Alemania nazi y, en menor medida, la España franquista¹⁰³.

Desde este punto de vista la acusación popular se presenta como «una posibilidad *no egoísta* de participar en la Administración de Justicia penal»¹⁰⁴, una participación dirigida, al igual que la del Ministerio fiscal, por la finalidad de alcanzar la legalidad. La acusación popular trata, en último término, «de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, procurando la tutela del interés público»¹⁰⁵.

B. Asimismo la doctrina tiene presente que la actuación del Ministerio Fiscal debe estar sujeta en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad, pero que ejerce sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124.2 CE) y que el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 124.3 CE). Por ello entiende que la acusación popular neutraliza el peligro de que la acusación y, por tanto, el control de la aplicación de la norma penal, quede en manos del Ministerio Fiscal y, por esta vía, del poder Ejecutivo, con grave quebranto del principio de división de poderes; y que asimismo neutraliza el peligro de excesiva «burocratización» del Ministerio Fiscal¹⁰⁶.

Por medio de la acción popular se establece un contrapeso al poder del Ministerio Fiscal, como es habitual frente a cualquier poder en todo sistema democrático: acusación pública que actúa de oficio y asegura que no se deja de perseguir los delitos cuando los particulares no actúan, pero al mismo tiempo también acusación pública a través de la cual se puede impulsar el interés público en la persecución y castigo de los delitos cualquier ciudadano o —lo que será más frecuente— asocia-

¹⁰² Sobre su incorporación a la constitución, véase GIMBERNAT ORDEIG, 2008, 1 ss.

¹⁰³ PÉREZ GIL, 1998, 584 ss.

¹⁰⁴ GÓMEZ COLOMER, 1987, 32; similar GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO / MORENO CATENA, 1999, 571.

¹⁰⁵ MONTERO AROCA, 2008, 68.

¹⁰⁶ ALMAGRO NOSETE, 1989, 225 s.; BANACLOCHE PALAO, 2008, 15 s.; BUJOSA VADELL, 1990, 1.º17; FAIRÉN GUILLÉN, 1986, 40 s.; FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 722 ss.; GIMENO SENDRA, 1993,88; GÓMEZ COLOMER, 1989, 29 s.; LANZAROTE MARTÍNEZ, 1998, 1822 s.; LUZON CÁNOVAS, 2002, 1797; MORENO CATENA (Dir.), 2000, 395; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003,41.

ciones de ciudadanos, cuando lo consideren conveniente y, sobre todo, cuando exista discrepancia con el criterio del Ministerio Fiscal, de forma que se asegure el cumplimiento de la legalidad. Por ello, bajo ningún concepto puede considerarse que esta fundamentación suponga un desmerecimiento a la tarea del Ministerio Fiscal y que esta perspectiva no pueda fundamentar la institución¹⁰⁷.

Frente a supuestos aparentemente delictivos en que pueden resultar implicadas personas relacionadas con los órganos del Estado o supuestos, cuya persecución no es oportuna desde el punto de vista político y en otros similares (ausencia de interés en la defensa de intereses difusos, etc.), la acusación pública cumple un papel que «se puede resumir en la vigilancia, complementación y suplencia de la actividad del Ministerio Fiscal, contrarrestando eventuales inactividades del mismo»¹⁰⁸.

Es cierto que para garantizar el buen funcionamiento del Ministerio Fiscal no es necesaria la acción popular en los términos de la LECr, que sería suficiente con establecer la acción popular como subsidiaria y no adhesiva¹⁰⁹ y la mejor prueba de ello es que no se recurre a la acción popular con este fin en ningún otro país —salvo tal vez aunque con otras connotaciones en Inglaterra—. Pero nadie duda de que tiene que haber —y hay en todos los países— contrapesos al poder que se le otorga al Ministerio Fiscal, cuando se opta por otorgarle el monopolio de la acusación; así en Alemania el *Klageerzwingungsverfahren*; en Italia la *Opposizione alla richiesta di archiviazioni*; en Portugal el *Requerimento para abertura de instrução* y en Francia la *Oportunité des poursuites*¹¹⁰. Pero, si se siguiera esta vía, quedaría eliminada la vertiente de participación o colaboración en la administración de justicia, que se reconoce en la acusación popular tal como está actualmente configurada.

C. La acusación pública constituye, por tanto, un derecho de participación o colaboración con la Administración de Justicia, que al tiempo actúa de contrapeso frente al poder del Ministerio Fiscal.

Desde esta doble perspectiva, por tanto, la acusación popular tal como está regulada en la Constitución y en el Derecho procesal español, no parece que deba calificarse de «esfuerzo inútil»¹¹¹, ni de «du-

¹⁰⁷ Véase, sin embargo, la STS 1045/2007, de 17 de diciembre; MUÑOZ CUESTA, 2007, 447; SANZ PÉREZ, 2008, 1258.

¹⁰⁸ BUJOSA VADELL, 1990, 117.

¹⁰⁹ GÓMEZ ORBANEJA, 1951, 231 s.; VALERO OLTRA, 1981, 6.

¹¹⁰ En este sentido ARMENTA DEU, 2003, 15. Véanse Díez-Picazo, 2000, 35 ss.; LANZAROTE MARTÍNEZ, 1996, 706 ss. (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Memoria); PEZ GIL, 1998, 118 ss., con amplias referencias sobre el Derecho comparado.

¹¹¹ VALERO OLTRA, 1981, 5, citado por LANZAROTE, 1998, 1822.

plicidad [...] superflua [...] por el indiscriminado binarismo procesal de la acción popular y la fiscal»¹¹², ni para afirmar que el trascurso de los años «ha venido a demostrar lo inoperante de la misma»¹¹³ más bien habría de calificarse de «lujo del Derecho»¹¹⁴. Ello no significa que haya que pasar por alto los peligros que entraña la acusación popular señalados acertadamente una y otra vez, sino lo que «habrá que articular son mecanismos correctores que reduzcan al máximo o al menos desincentiven ese «ejercicio perverso» de la acción popular»¹¹⁵.

IV. ¿Legitimación de las personas jurídico-públicas y de los partidos políticos?

1. Disposiciones legales relativas a la legitimación

Conforme a la letra de la ley «los ciudadanos» (art. 125 CE), «los ciudadanos españoles» (art. 101 LECr), «todos los ciudadanos españoles» (art. 270,I LECr) o «los ciudadanos de nacionalidad española» (art. 19 LOPJ) están legitimados para la ejercer la acción popular. Quedan excluidos, por tanto, los extranjeros¹¹⁶, aunque parece que este criterio justificable con carácter general conforme a la doctrina mayoritaria¹¹⁷, debe

¹¹² QUINTANO RIPOLLÉS, 1952, 117, citado asimismo por LANZAROTE MARTÍNEZ, 1998, 1822, que atribuye la cita a JIMÉNEZ ASENJO.

¹¹³ SÁEZ JIMÉNEZ – LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, 1966, 879, para quienes «... por un exceso de consideraciones político-jurídico-liberales fruto de la época de la redacción de la Ley que llevó a los legisladores a exaltar en demasía el respeto y alcance de los derechos cívicos».

¹¹⁴ BUJOSA VANDRELL, 1990, 117, citando a CALVO SÁNCHEZ, intervención en la mesa redonda sobre «Bases para una reforma de las leyes procesales», IV Jornadas de fe pública judicial, Logroño, del 9 al 11 de octubre de 1989.

¹¹⁵ BANALOCHE PALAO, 2008, 16, retomando lo que constituye una argumentación que podemos ya ver en FILANGIERI, 1813, t. IV (Libro III, Capítulo III), 12 ss. y en el art. 138 del CVP de 1822, y que reitera FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria 1994, 790 (Fiscal- Jefe Navarra: Sr. Félez Carreras).

¹¹⁶ El art. 270 LECr tras insistir de nuevo en que todos los ciudadanos españoles pueden ejercitar la acusación popular por medio de querrela, establece que los extranjeros podrán querellarse por los delitos cometidos contra su persona o bienes, o las personas o bienes de sus representados,...

¹¹⁷ En este sentido indica BANALOCHE PALAO, 2008, 30, que para cumplir con los fines que le corresponden a la acusación popular, es suficiente con que pueda ser ejercitada por los ciudadanos españoles y, en su caso, comunitarios. Por su parte OROMÍ VALLLOVERA, 2003, apunta que parece razonable este criterio toda vez que se trata del ejercicio de una función pública en interés de la sociedad española. Por el contrario, crítico con la exclusión de los extranjeros PÉREZ GIL, 1998, 364 ss., con argumentos de peso.

revisarse, al menos, respecto de los ciudadanos de la Unión Europea —la ciudadanía europea pretende que ningún ciudadano de la Unión sea considerado extranjero en su territorio¹¹⁸— y también, aunque por razones distintas, respecto de los residentes¹¹⁹.

Por su parte, art. 102 LECr excluye del ejercicio de la acusación popular, por razones comprensibles, a (1) «el que no goce de la plenitud de los derechos civiles», a (2) «el que hubiere sido condenado por dos veces por sentencia firme como reo de delito de denuncia o querrela calumniosa» y a (3) «el Juez o Magistrado»¹²⁰, estableciéndose además en el art. 103¹²¹ algunas exclusiones adicionales, fundadas en la relación de parentesco con el acusado¹²².

2. *La legitimación de las personas jurídico-privadas por el TC*

La doctrina tradicional y el Tribunal Supremo hasta los años noventa del siglo pasado venía negando la posibilidad de que las personas jurí-

¹¹⁸ BANACLOCHE PALAO, 2008, 31; GIMENO SENDRA, 1993, 90 s.; LUZÓN CANOVAS, 2002, 1801; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 64.

¹¹⁹ OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 64 s., poniendo de relieve que actuarían en defensa de los intereses generales, que no se trata de un derecho excluido por el art. 13 CE para los extranjeros y que, en ocasiones, se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

También FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 712, indica que la exclusión de los extranjeros empieza a resultar discutible en relación con la defensa de intereses difusos y pregunta: «¿No nos parecería oportuno reconocer esa acción a una asociación de inmigrantes que quisiera mostrarse parte en un delito contra el ejercicio de derechos fundamentales o para combatir su explotación?».

¹²⁰ El art. 102 LECr en sus dos últimos párrafos establece, sin embargo, una ampliación: «Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines». «Los comprendidos en los números 2.º y 3.º —continúa el párrafo último— podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guardia legal».

¹²¹ El art. 103 LECr dispone: «Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por delito de bigamia. 2.º Los ascendientes, ascendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos los unos contra las personas de los otros».

¹²² AGUILERA DE PAZ, 1923, 535, denomina a las exclusiones del art. 102 «incapacidades absolutas», frente a las «incapacidades relativas» a que se refiere el art. 103, cuya razón de ser está a su juicio en la conveniencia de mantener la paz y tranquilidad de las familias (pág. 537), punto de vista que todavía hoy, *mutatis mutandis*, puede darse por válido a pesar de las modificaciones introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio.

dicas ejercitaran la acción popular¹²³, pero el Tribunal Constitucional, pese a la literalidad del art. 125 y los demás preceptos recientemente citados, las ha reconocido como titulares de la misma y en el mismo sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria¹²⁴.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de permitir a las personas jurídicas el acceso al proceso a través de la acción popular. Así la STC 241/1992, de 21 de diciembre, otorgó amparo a la Asociación de Mujeres de la Policía Nacional de Guipúzcoa; la STS 34/1994, de 31 de enero, reiterada textualmente por la STC de 50/1998, de 2 de marzo, afirma que «no hay razón que justifique una interpretación restrictiva del término ciudadano previsto en el art. 125 CE y en las normas reguladoras de la acción popular (STC 241/1992). Por tanto, no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares». Y en el mismo sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo a partir de esas fechas¹²⁵.

Ciertamente el fundamento de la institución justifica, como indica BANACLOCHE PALAO, considerar legitimadas también a las personas jurídicas¹²⁶, que en no pocas ocasiones constituyen la vía más adecuada, porque los particulares carecen frecuentemente del empuje y los recursos para afrontar por sí solos los costes de tiempo y dinero del proceso¹²⁷ y porque actualmente han surgido buen número de asociaciones para la defensa de intereses difusos o de un colectivo determinado más o menos desprotegido¹²⁸.

¹²³ Las razones que se alegaban, como resume de forma precisa GISBERT GISBERT, 2007, 102 s, son: (1.^ª) el sentido literal de los preceptos de la LECr citados: el término «ciudadanos» no permite incluir las personas jurídicas; la ley establece un derecho cívico ligado a la personalidad de las personas físicas; (2.^ª) sería superfluo reconocerles el ejercicio a las personas jurídicas, porque sus representantes en todo caso podrán ejercerla; y (3.^ª), por último, las personas jurídicas no podrían asumir las responsabilidades derivadas de una utilización fraudulenta de la acusación. Véase por extenso sobre ellas PÉREZ GIL, 1998, 407 ss., con muy amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo véase GERMÁN MANCERO, 1995, 239 ss.

¹²⁴ En contra, sin embargo, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO / MORENO CATENA, 1999, 573; y MARTÍN BERNAL, 1988, 819 ss.

¹²⁵ Véase referencias en LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1806, nota 34.

¹²⁶ BANACLOCHE PALAO, 2008, 32.

¹²⁷ BANACLOCHE PALAO, 2008, 32; GISBERT GISBERT, 2007, 103 s.

¹²⁸ FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 713 s.; GIMENO SENDRA, 1993, 93; LUZÓN CÁNOVAS, 2002, 1801.

3. *La reciente, limitada y criticable legitimación de las personas jurídico-públicas del TC*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional había limitado el ejercicio de la acción popular a las personas jurídico —privadas. Es muy significativa a este respecto la STC 129/2001, de 4 de junio¹²⁹, que denegó el amparo solicitado por el Gobierno Vasco contra los autos que denegaron su personación como acusación en un proceso por delito de calumnias a la Ertzaintza, afirmando que carecía de legitimación para actuar como acusador particular, porque no era perjudicado y también para actuar como acusador popular, porque la acción popular está reservada por el art. 125 CE a los ciudadanos.

La STC indica, en primer lugar, citando la STC 64/1988, que «es indiscutible que, en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos» (FJ 1). Seguidamente añade que «existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública (SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2)», y que «en consecuencia, «lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional» (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4; 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 7)». La STC continúa esta argumentación indicando respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, que este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas tanto de Derecho privado como público, siempre que el ordenamiento reconozca su capacidad para ser parte en el proceso.

Tras estas consideraciones necesarias para determinar si se produjo o no la vulneración que se alegaba, recuerda que esta traería causa en no ser reconocida su legitimación para ser parte, sea ejerciendo la acusación particular sea la popular y que el «fundamenta su derecho a ejercer la acción popular [...], en que el interés legítimo que defiende —el prestigio de la Ertzaintza— es ajeno al ejercicio de las potestades

¹²⁹ Acompaña a la STC voto particular del Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, que se muestra acorde con la denegación de amparo, basándose en una fundamentación distinta.

públicas que tiene encomendadas». Argumento al que el TC contesta rechazando la solicitud de amparo en los siguientes términos: «Es claro, en todo caso, que, dados los términos del art. 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a *los ciudadanos*, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política».

El voto particular, que discrepa tan sólo con la argumentación, pone de relieve que las Comunidades Autónomas son Estado y que el órgano del Estado al que le compete la acusación es al Ministerio Fiscal y que esta es la razón de que la acusación popular quede reservada a los particulares. Y debe subrayarse además que esta argumentación se aviene con el fundamento de la institución, ya que no parece coherente que el Ejecutivo de una Comunidad Autónoma ejerza un derecho de participación ciudadana y que actúe como contrapeso del Ministerio Fiscal¹³⁰.

A pesar de las contundentes expresiones de la Sentencia que se han transcrito, otras posteriores han legitimado a las Comunidades Autónomas para ejercitar la acusación popular, aunque entiendo que tan sólo en aquellos supuestos específicos en que quedan legitimados para ello por un precepto legal, aunque sea de la legislación autonómica.

Esta es la conclusión a que permite llegar la STC 311/2006, de 28 de noviembre. En ella se concede el amparo solicitado por la Comunidad Valenciana frente al Auto que le denegaba la personación como acusación particular en un procedimiento de jurado por delito de homicidio, producido en el marco de la violencia de género. La STC concede el amparo solicitado por una vía argumental que resulta cuestionable, como se verá.

En primer lugar, la STC se enfrenta a la cuestión del derecho de las personas jurídico —públicas a la tutela judicial efectiva que responde con la afirmación de que «no son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión y contenido»; continúa por medio de una cita textual de la STC 175/2001, de 26 de julio: «corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas dis-

¹³⁰ En sentido contrario PULIDO QUECEDO, 2001, 1545.

ponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado, sin que el ordenamiento constitucional admita exclusiones arbitrarias u otras que por su relevancia o extensión pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso»; y concluye afirmando que «la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas por el principio *pro actione*»¹³¹.

A partir de estas consideraciones continúa indicando que los argumentos esgrimidos para negar la acción popular a la Generalidad Valenciana no pueden ser considerados acordes a la Constitución, «pues impiden de forma absoluta el ejercicio de la acción por las entidades jurídico-públicas, cuando ni la Constitución ni las leyes que la regulan incluyen una restricción expresa semejante y cuando el legislador ha previsto la personación de la Generalitat Valenciana en los procesos penales que se sustancien en relación con los casos más graves de violencia de género». Frente a la argumentación de la STC 129/1995 indica que la sentencia es previa a la Sentencia del Pleno del TC 175/2001, que admitió la ampliación del término ciudadano también a las personas jurídico-públicas, a las que reconoce «la titularidad de ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión». Interpretación que considera también extensible al mismo término contenido en el art. 125 CE o en los preceptos reguladores de la acción popular en el campo procesal¹³².

A partir de ahí la STC retoma la afirmación de que «corresponde a la Ley procesal, determinar [...] los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado» (STC 175/2001, FJ 8). Y a la vista, en primer lugar, de que en las normas procesales reguladoras de la acción popular «no hay exclusión expresa de las personas jurídicas públicas; en segundo lugar, de que la Ley 9/2003 para la igualdad de hombres y mujeres dictada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Valenciana en su art. 36 prevé la posibilidad de que la Generalidad se persone ejerciendo la acción popular —situación legislativa distinta a la existente a la que enfrentaba la STC 129/2001— en los casos por violencia de género en que la víctima sea residente en la Comunidad Autónoma y se haya producido muerte o lesiones graves; y, por último, a la vista de que el Tribunal *a quo* a pesar de tener dudas sobre la constitucionalidad del citado art. 39 de la ley 36/2003, debido a que inva-

¹³¹ FJ 2, que transcribe en parte el FJ 9 de la STC 175/2001, de 26 de julio.

¹³² FJ 3.

día competencias estatales al configurar una acción popular no prevista en la legislación común nuestro ordenamiento, no suscitó cuestión de constitucionalidad dando audiencia al demandante; concluye que existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su manifestación de acceso a los tribunales y otorga el amparo solicitado¹³³.

Esta doctrina se ha consolidado en las SSTC 8/2008, de 21 de enero y 18/2008 de 31 de enero que enjuician supuestos idénticos al visto en la STC 311/2006, si bien relativos a la Comunidad Autónoma de Cantabria, de forma que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional las personas jurídico-públicas tienen acceso a la acción popular, siempre y cuando una ley estatal o autonómica les habilite.

No obstante, a la STC 8/2008 acompaña un voto particular del magistrado Sr. Conde Martín de Hijas que entiende que el asunto se debía haber elevado al Pleno para unificar doctrina y que la sentencia pasa por alto que la legislación de la Comunidad Autónoma va más allá de lo establecido en el art. 149.1.6ª de la CE, invadiendo competencias del Estado y además en sentido contrario al art. 125 CE. porque violenta el sistema de constitucional de distribución de funciones en el seno del poder público, en el que promover la acción de la justicia se atribuye al Ministerio Fiscal.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido recibida de forma mayoritariamente crítica por la doctrina. Buen número de autores argumenta de forma parecida al voto particular. En este sentido se afirma que no se respeta por los parlamentos autónomos la distribución de competencias establecida constitucionalmente¹³⁴, toda vez que la legislación procesal penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE)¹³⁵, punto de vista cuya aplicación llevaría a negar la legitimación para el ejercicio de la acción popular, si no sufriera alguna variación la legislación procesal penal.

Asimismo se indica que el acceso de las personas jurídico-públicas a la acusación popular violenta el sistema de distribución de competencias en el seno del poder público. Es el Ministerio Fiscal el órgano al que constitucionalmente le corresponde ejercer la acusación pública y la colaboración con la administración de justicia del resto de los órga-

¹³³ FJ 4.

¹³⁴ Ofrece un elenco de las normas de las CCAA relativas a esta materia HUALDE LÓPEZ, 2009, 55, ss.

¹³⁵ BANACLOCHE PALAO, 2008, 34 s.; FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 716; GÓMEZ AMIGO, 2008, 4 s.; JUAN SÁNCHEZ, 2008, 1848 ss.; PULIDO QUECEDO, 2008, 1223 s. Cuestiona la constitucionalidad de estas normas HUALDE LÓPEZ, 2009, 59 s.

nos públicos debe ser de otra índole¹³⁶. Es tajante en este sentido, pero aleccionador PÉREZ GIL, cuando afirma: «la función de estos entes administrativos pasará por la colaboración directa con el Ministerio Fiscal, quien deberá siempre ser el «brazo acusatorio» de la Administración en su función constitucional de defensa de la legalidad»¹³⁷

A estas razones se pueden añadir al menos dos más. El ejercicio de la acción popular por las personas jurídico-públicas no se acomoda al fundamento que se le atribuye. No es coherente que el Ejecutivo de una Comunidad Autónoma, un Ayuntamiento o cualquier otro órgano del Estado ejerza un derecho de participación ciudadana, por mucho que los derechos fundamentales puedan extenderse, aunque fuere parcialmente a las personas jurídico-públicas. Tampoco es coherente que pretendan actuar como contrapeso del Ministerio Fiscal en el sentido que conforme a su regulación y tradición se entiende éste. No parece que la concepción mayoritariamente aceptada concuerde con la idea defendida por PULIDO QUECEDO que critica la STC 129/2001, indicando que sigue un criterio muy riguroso y que la acción popular en nuestro ordenamiento estaba concebida con total amplitud, de forma que cualquiera que discrepe con el Ministerio Fiscal pueda actuar¹³⁸. El ejercicio de un derecho de participación ciudadano por medio de la acusación popular y su función de contrapeso al riesgo que puede entrañar el poder que necesaria y constitucionalmente corresponde al Ministerio Fiscal, no se aviene con la idea de que también son titulares de él las personas jurídico-públicas.

No puede dejarse la reflexión sobre esta materia sin hacer alguna referencia político-criminal. Debería valorarse la trascendencia que tiene la intervención de entidades públicas a la hora de establecer corrientes de opinión, que ciertamente no se ha probado que disminuyan o limiten la criminalidad, pero que de una u otra forma estigmatizan. En este momento la situación relativa a la violencia de género resulta en cierto modo preocupante en la actividad jurídica diaria ¿No sería conveniente que ese dinero público se utilice de forma más útil para lograr el mismo fin (apoyo a proyectos de tratamiento, etc.?)

¹³⁶ BANACLOCHE PALAO, 2008, 35; FERNÁNDEZ LE GAL, 2009, 716; GÓMEZ AMIGO, 2008, 4 s.; JUAN SÁNCHEZ, 2008, 1850; OROMÍ VALL-LLOVERA, 2003, 68 s.

La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria 1993, 720 (Cádiz) tras tener presente este argumento, entiende que «habrá que ver caso por caso si en el de que se trate la Corporación Municipal o ente autónomo puede considerarse como legítimo portador del «interés» del ciudadano».

¹³⁷ PÉREZ GIL, 1998, 429.

¹³⁸ PULIDO QUECEDO, 2008, 1223 s.

Una última consideración. La presencia de entidades públicas, más próximas a los ciudadanos que el Ministerio Fiscal, ejercitando la acción popular, se quiera o no, transmite una imagen de la Administración de Justicia poco adecuada. En otros términos, lo que se gana en imagen por estas entidades, lo pierden la Fiscalía y la Judicatura. Cosa que no sucede cuando ejercitan la misma acción los particulares, porque se admite un cierto grado de enfrentamiento o de discrepancia con los entes públicos, que al menos normativamente no tiene que producirse entre los entes públicos.

4. *Discutible legitimación de los partidos políticos*

Más difícil parece la cuestión relativa a la legitimación de los partidos políticos¹³⁹. ÁLVAREZ CONDE indica que los partidos políticos son asociaciones privadas que, aunque desempeñan funciones de relevancia pública y constitucional, carecen de la consideración de poderes públicos o de órganos del Estado¹⁴⁰. Desde una postura menos ortodoxa y crítica con el Tribunal Constitucional, GARCÍA GUERRERO defiende que tras la nueva Ley de Partidos (LO 6/2002, de 27 de junio), estos no son asociaciones privadas, aunque tampoco «son órganos del estado aparato, aunque adopten las principales características de estos»¹⁴¹. Por ello, asumamos uno u otro planteamiento, no parece que actualmente pueda negarse con rotundidad la legitimación para el ejercicio de la acusación popular, si bien su intervención no responde satisfactoriamente al doble fundamento que conforme al ordenamiento jurídico corresponde a esta institución procesal. La forma en que deben encauzar la participación ciudadana no es ciertamente mediante el ejercicio de un derecho de colaboración con la Administración de Justicia, ni la forma de ejercer control sobre la actuación del Ministerio Fiscal es el ejercicio de la acusación popular. En cualquier caso debería recurrirse en el caso concreto al análisis de si se está instrumentalizando la Administración de Justicia con interés partidista o no, para negar el acceso en caso afirmativo.

Entiendo, por ello, con GIMENO SENDRA y BANACLOCHE PALAO que lo pertinente es que una futura reforma legal les impidiera ejercitar

¹³⁹ Como indica BANALOCHE PALAO, 2008, 35, las actuaciones que han tenido lugar durante los últimos años no han sido ejemplares en este punto, ya que han estado más preocupados de obtener munición contra sus adversarios por esta vía, que del interés general en la aplicación de la ley o del control del Ministerio Fiscal.

¹⁴⁰ ÁLVAREZ CONDE, 2008, 509.

¹⁴¹ GARCÍA GUERRERO, 2007, 169 s.

la acción popular¹⁴², por mucho que tal prohibición pudiera ser eludida por medio de la actuación de miembros del partido o de asociaciones afines.

Bibliografía

- AGUILERA DE PAZ, Enrique: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.ª ed. T. I. Ed. Reus. Madrid, 1923.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Acción popular», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Madrid, 1989, págs. 223-231.
- ALVAREZ CONDE, Enrique: *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I, *El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*. 6.ª ed. Tecnos. Madrid, 2008.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto-MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio: *El poder judicial*. Tecnos. Madrid. 1986.
- ANTON ONECA, José: «Historia del Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1965, págs. 263-278.
- ARAQUE IZAGUIRRE, Tania: «Acusación particular y protección de intereses de grupo en el proceso penal», en *La Ley*, 2007-1, págs. 1457-1472.
- ARMENTA DEU, Teresa: «Prólogo. La acción popular en la reforma de la justicia penal», en OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana: *El ejercicio de la acción popular (Pautas para una futura regulación legal)*. M. Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 9-18.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: «La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma», en *Revista de Derecho Procesal*, 2008, págs. 9-54.
- BENTHAM, Jeremy: *Oeuvres, T. 3, De l'organisation judiciaire. Essai sur la situation politique de l'Espagne. Défense de l'usure. Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d'art et science*. Réimpression de l'édition Bruxelles 1830. Scientia Verlag. Aalen, 1969.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo: «Notas sobre la protección procesal penal de intereses supra individuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular», en *Justicia*, 1990 (n.º 1), págs. 101-120.
- CASABÓ RUIZ, José Ramón: «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1962, págs. 313-342.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «El ejercicio de la acción popular en el proceso penal», en CGPJ, Vol. I. *Planes provinciales y territoriales de formación*. Madrid, 1992.

¹⁴² GIMENO SENDRA, 1993, 93 s.; BANALOCHE PALAO, 2008, 36. VÉLEZ CARRERAS, 1994, 790, limita la negación de la legitimación activa al contexto de la lucha preelectoral.

- DIEZ-PICAZO, Luis María: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Ed. Ariel, Barcelona, 2000.
- FAIRÉN GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de junio de 1985*. Edersa. Madrid. 1985.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «El artículo 125 de la Constitución: la acción popular y su fortalecimiento», en *La reforma del proceso penal, II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Madrid, 1989, págs. 599-608.
- FAIRÉN GUILLEN, Víctor: «Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito», en *La Ley*, 1991-3, págs. 861-881.
- FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck: «El derecho a la acusación popular. Reflexiones en torno a la reciente doctrina del Tribunal Supremo», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.), *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, 2009, págs. 703-726.
- FILANGIERI, Cayetano: *Ciencia de la Legislación (escrita en italiano por el caballero... y traducida al castellano)*, t. IV y V (Libro III). Imprenta de Ibarra. Madrid, 1813.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memorias 1883-2008*. Ed. Digital. Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Madrid, 2008.
- GARCÍA GUERRERO, José Luis: *Escritos sobre partidos políticos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- GERMÁN MANCERO, Isabel: «La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de asociaciones y grupos de víctimas en el proceso», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1995, págs. 239-266.
- GIMBERNAT, Enrique: «Cercos a la acción popular», en *El Mundo*, 8.1.2008; *Tribuna Libre* (<http://www.almendron.com/tribuna/18390/cerco-a-la-accion-popular>, 15/03/2010).
- GIMENO SENDRA, José Vicente «La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos» en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios a la legislación penal*. Vol. I: *Derecho y Constitución*. Madrid: EDERSA, 1982, págs. 337-377.
- GIMENO SENDRA, Vicente «La acusación popular», *Poder Judicial*, 1993 (n.º 31), págs. 87-94.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos "BOTÍN" y "ATUTXA"», *La Ley*, 2008-4, págs. 1463-1468.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Qué hacer con la acción popular», en *El CRONISTA del Estado Social y democrático de Derecho*, 2010 (n.º 4), págs. 60-64.
- GISBERT GISBERT, Antonio: «La acción popular y las personas jurídicas públicas (Breves notas al hilo de la STC 311/006, de 23 de octubre de 2006)», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007, págs. 101-112.
- GÓMEZ AMIGO, Luis: «El ejercicio de la acusación popular en los delitos de violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008 (n.º 765), <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/7...>, 15/03/2010)

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal», en *Poder Judicial*, 1987 (n.º 8), págs. 27-32.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. T. II, Vol. I. Bosch Casa Ed. Barcelona, 1947.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás – GUTIÉRREZ, M.ª de los Ángeles: «Artículo 101», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del Proceso penal*. Vol. I. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, págs. 503-511.
- GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino / MORENO CATENA, Víctor: «Artículo 125», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978, T. IX Artículos 113 a 127*. Madrid, 1999, págs. 566-587.
- HUALDE LÓPEZ, Iban: «Acusación popular y violencia de género», en *Revista de Derecho penal y proceso penal*, 2009-1, págs. 51-60.
- JORGE BARREIRO, Alberto: «Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular», en *Jueces para la democracia*, 2008 (n.º 61), págs. 9-18.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo: «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único», en *La Ley*, 2008.- 1, págs. 1843-1850.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.: «La acusación penal: ¿ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal versus acción popular», en *La Ley*, 1998-1, págs. 1820-1826: asimismo en FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno 1996*, págs. 701-721.
- LATORRE LATORRE, Virgilio: *Acción popular/ Acción colectiva*. Civitas. Madrid, 2000.
- LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro: «La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular», en *La Ley*, 2002-2, págs. 1796-1806.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «La acción popular y la tutela de los grupos», en *Actualidad penal*, 1988 - 3, págs. 809-823.
- MOMMSEN, Teodoro: *El Derecho penal romano*. T. I. Trad. P. Dorado de la ed. 1899. La España Moderna. Madrid. s.a. (Ed. facsímil, Jiménez Gil Ed.).
- MONTERO AROCA, Juan / GÓMEZ COLOMER, José Luis / MONTÓN REDONDO, Alberto / BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Jurisdiccional. III Proceso penal*. 16.ª ed. Valencia, 2008.
- MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. I. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- MUERZA ESPARZA, Julio: «La STC 311/2006, de 23 de octubre, y el ejercicio de la acción popular en el proceso penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2007, n.º 728, de 17 de mayo.
- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: «Límites al ejercicio de la acción popular. Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 17 de diciembre de 2007», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2007-VII, págs. 447-451.
- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: «Situación actual del ejercicio de la acción popular. Especial referencia a la actuación de varias acusaciones populares bajo una misma postulación y dirección técnica», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010 (n.º 10), págs. 7-16.

- OROMÍ VALL-LLOVERA, S: *El ejercicio de la acción popular (Pautas para una futura regulación legal)*. Madrid-Barcelona, 2003.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Límites al ejercicio de la acción penal popular (A propósito de la STS de 17 de diciembre de 2007)», en *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 2008 (n.º 3-4), págs. 383-406.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Restricción «jurisprudencial» al ejercicio de la acción popular (Un apunte crítico a la controvertida «doctrina Botín»)», en *La ley*, 2008-1, págs. 1784-1792.
- PÉREZ GIL, Julio: *La acusación popular*. Ed. Comares. Granada, 1998.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «¿Puede ejercitar un Gobierno o Institución autonómica la acción popular en el proceso penal?», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001-II, págs. 1545-1548.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «A vueltas con la Acción Popular (La problemática de su ejercicio por los Gobiernos de las CC AA)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2008-I, págs. 1223-1226
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: «Naturaleza sustantiva y procesal de la querrela privada», en *Revista de Derecho procesal*, 1952 (n.º 1), págs. 116-133.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La justicia penal en España*. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús-LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio: *Compendio de Derecho procesal civil y penal*. T. IV, Vol. I. Santillana Ed., Madrid, 1966.
- SANZ PÉREZ, «La acción popular y el Tribunal Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2008-I, págs. 1257-1271.
- SILVELA, Francisco: «La acción popular», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1888 (t. 73), págs. 457-487.
- VALERO OLTRA, Rafael» «Consideraciones sobre la acción popular», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1981 (n.º 1237), págs. 5-12.
- VIADA Y LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos: «Notas sobre la necesidad de reforma de la La Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950 (t. 187), págs. 331-348.
- ZAFRA, J: «Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1961, págs. 753-843.

El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas

Alfonso Aya Onsalo

Fiscal de Sala. Fiscalía General del Estado

I. Acusación particular y acción popular

El artículo 125 de la Constitución establece que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...» A diferencia de otros sistemas de nuestro entorno cultural y jurídico, el ejercicio del derecho de acceder al proceso penal no se reconoce exclusivamente al órgano instituido por el Estado para el ejercicio de tal función, esta posibilidad se abre no sólo a los perjudicados por el delito, sino que toda persona, sea ofendida o no por el delito puede personarse y constituirse en acusación.

MORENO CATENA («El proceso penal») nos dice que «la acción popular surge en nuestro ordenamiento jurídico en el campo del proceso penal y para la persecución de ciertos tipos delictivos que se consideraban más altamente reprochables, o de más amplia repercusión social. Así, la Constitución de 1812 la reconoce para la persecución de los delitos cometidos por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones: el soborno, el cohecho y la prevaricación». En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (¿conviene recordar que todavía es nuestra ley procesal penal vigente?) la acción popular se generaliza para todos los delitos públicos, probablemente como reacción al secretismo que imperaba en el modelo procesal inquisitorial previo, pero también por desconfianza hacia los propios órganos de la Administración. Dice la exposición de motivos de la LECrim: «Educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la justicia y de coadyuvar activamente a su recta administración, haciendo, como el ciudadano inglés, inútil la institución del Ministerio Público para el descubrimiento y castigo de los deli-

tos, han formado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los Tribunales, mirando con lamentable recelo a Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles...»

De forma muy expresiva la sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994, de 2 de marzo (Díaz Eimil) resume el planteamiento de la cuestión:

«La tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas. En nuestro Derecho, junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal, se atribuye su ejercicio a los sujetos privados, a los perjudicados por del delito mediante la llamada acción particular y a todos los ciudadanos, independientemente de que hayan resultado o no ofendidos por el delito, a través de la denominada acción popular. Dependiendo de si el particular es o no ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal está sujeto a determinadas particularidades, de entre las que cabe destacar la necesidad de la presentación de querrela, que se impone al acusador popular que ejercita la acción penal (art. 270 LECrim.) y la obligación de prestar fianza para responder de las resultas del juicio, de la que, en cambio, se encuentra exonerado el ofendido por el delito (arts. 280 y 281 LECrim.)»

El fundamento jurídico o constitucional del acceso de los ciudadanos a la Justicia no se basa sólo en el art. 125 de la Constitución, sino también en el derecho a la tutela judicial efectiva, como nos recuerda la misma sentencia mencionada:

«Aun cuando en el momento actual no existe duda de que tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985 y 137/1987), su fundamento constitucional es diferente. Mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 CE en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del derecho del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal (STC 62/1983)»

Ahora bien, el art. 24.1 CE se circunscribe al ejercicio de las personas de «sus derechos e intereses legítimos». El interrogante sobre si quien ejerce la acción popular está realizando un derecho o interés legítimo ya fue contestada por el Tribunal Constitucional desde la sentencia de 11 de julio de 1983 (STC 62/83), al distinguir ente in-

terés legítimo e interés personal: «Debe señalarse que dentro de los supuestos en atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común. Esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de Derecho, que consagra la Constitución (art. 1.1), en el que la idea de interés directo, particular, como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo, como ya indica la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 11 de octubre de 1982 (núm. 60/1982, «Boletín Oficial del Estado» de 17 de noviembre).»

El art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se manifiesta en el mismo sentido ya expuesto: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley», norma que, si bien es preconstitucional, se adapta perfectamente a la Carta Magna.

Esto significa que cualquier ciudadano español, puede personarse en cualquier proceso en que se está enjuiciando un delito público. Por ejemplo, un ciudadano de Bilbao puede personarse en un procedimiento que se esté sustanciando en el Juzgado de Instrucción número 3 de Huelva por un delito de hurto de uso de vehículo de motor, aun sin tener la menor relación con el hecho cometido. El único requisito que se le exige es guardar «las prescripciones de la Ley».

Tales prescripciones vienen establecidas en los artículos 270 y siguientes de la propia ley procesal penal, reiterando este artículo que «todos los españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley». El único requisito además de la presentación de la querrela es la prestación de fianza —artículo 280 LECrim.— «para responder de las resultas del juicio».

Distinta, y privilegiada es la posición del ofendido por el delito, quien no tiene la obligación de prestar fianza (art. 281 LECrim.) y quien además, no precisa utilizar el requisito formal de interposición de querrela, sino que se podrá constituir en parte del proceso mediante una simple personación, al menos, en el procedimiento abreviado (arts. 761.2 y 771.1.º LECrim.)

Esta es la diferencia entre la acusación particular y la acusación popular, por más que en muchas ocasiones sigue utilizándose —tanto por la doctrina, jurisprudencia e incluso por el legislador— de una forma indiscriminada las expresiones *acusación particular*, *acción popular*, *acusación privada*, etc.

En realidad, no sólo el art. 101 LECrim. es preconstitucional, sino gran parte del texto de la Ley procesal penal es anterior a la Constitución. Ello ha llegado a plantear si la exigencia de la fianza establecida en el art. 280 LECrim. está o no en contra del art. 24 CE. A este respecto el Tribunal Constitucional ha sido contundente: «Debemos afirmar que la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 de la Constitución» (STC 62/1983, de 11 de julio).

Ciertamente, la posibilidad de exigir una fianza no puede convertirse en un obstáculo insalvable para eliminar el acusador popular. El art. 20.3 LOPJ dice que «No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita.»

La jurisprudencia ha matizado tales requisitos, presentación de querrela y prestación de fianza, exigiéndolos sólo cuando a través de la acción popular se pretende iniciar un proceso, pero no cuando se trata ya de un proceso iniciado. «Al respecto debemos recordar —dice la STS 702/2003, de 30 de mayo (Giménez García)— que el requisito de la personación con querrela sólo se ha entendido exigible por la Jurisprudencia de esta Sala cuando mediante tal acto, se iniciaba la encuesta judicial. En el caso de que tal personación fuese en una causa ya iniciada —como es el caso presente, porque se inició por denuncia— se ha estimado que el requisito de la querrela no era exigible —STS 12 de Marzo de 1992—, bastando en tal caso el cumplimiento de lo prevenido en el art. 110 LECriminal que limita temporalmente tal personación a su efectividad antes del trámite de calificación —en tal sentido STS 12-3-92—. En tal sentido son claros los términos de la indicada sentencia: «...el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECriminal, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela....».

De la misma forma, «la exigencia de fianza, impuesta por el art. 280 de la Ley procesal citada, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando esta es medio de iniciación del procedimiento penal, pero no cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso y dictado el auto de procesamiento»

Con tales requisitos, quien ejerce la acción penal lo hace en igualdad de plenitud y facultades que el Ministerio Fiscal, por lo que no es ni adhesiva ni vicarial de aquel, antes bien es totalmente autónoma, tanto que no es insólito que la acción penal se ejerza exclusivamente por el acusador particular y no por el Ministerio Fiscal si este estima que no procede su ejercicio.

En alguna ocasión las resoluciones de los Tribunales han considerado la intervención del actor popular como adhesiva (sigo examinando la STS 702/2003, de 30 de mayo), cuando la personación se realizó posteriormente a la transformación del procedimiento en abreviado y, por lo tanto a la fijación de las personas y los hechos que identificaban el procedimiento. En este caso el Juzgado no admitió la acusación particular de un ciudadano y del PSOE, dada, dice la resolución «su personación como parte adherida del Ministerio Fiscal, y negándole la posibilidad de dirigir la acusación a persona distinta o por delitos diferentes de los descritos en el auto de Transformación.»

Este proceso no deja de tener sus peculiaridades, porque el juzgado instructor admitió diversos recursos del PSOE contra el citado auto de transformación del procedimiento en abreviado a pesar de no estar personado. La personación se hizo posteriormente a la denegación de los recursos y en el trámite de calificación las acusaciones formularon acusación contra personas distintas de las mencionadas en el auto de abreviado (y también por hechos distintos), lo que fue parcialmente admitido por el Juez instructor, si bien reconducido por la Audiencia Provincial a sus justos límites.

Al respecto la mencionada sentencia dice:

«Desde esta consolidada doctrina y en una primera y superficial aproximación pudiera pensarse que no fue ajustada a derecho la personación en concepto de acusación adhesiva del Ministerio Fiscal que se fijó en el auto de 7 de Agosto de 2000 que le permitió sólo la personación como parte adherida al Ministerio Fiscal con la argumentación de que no presentaron querrela ni prestaron fianza. Es lo cierto que del estudio de las actuaciones se comprueba que en la fase procesal correspondiente al dictado del auto de Transformación de 4 de Mayo de 2000, los ahora recurrentes actuaron de facto en el proceso como personados a todos los efectos, reconociéndoseles tal

condición y como tales recurrieron dicho auto en reforma, que fue confirmado por otro del 22 de Mayo. Fue posteriormente cuando en escritos del Sr. JF y del PSOE ambos formalizan escrito de querella ofreciendo fianza sin que exista decisión judicial al respecto, habiendo sido la propia Sala de la Audiencia la que en sus autos de 19 de Julio de 2001 reparó en la ausencia de querella y de la prestación de fianza, y en consonancia con ello, el Sr. Juez Instructor sólo les concedió la personación adhesiva.

.....

«Aceptada la personación con tal fecha, y por tanto, con posterioridad del auto de Transformación que fue —lo reiteramos— el 4 de Mayo de 2000, es lógico que el ámbito de actuación de tales personaciones sea el que ya quedó definitivamente fijado en cuando a su legitimación pasiva —personas implicadas— y objeto del proceso —hechos— en tal auto y ello, además, porque como se reconoce en el art. 110 LECriminal la personación de las partes acusadoras tiene como límite el trámite de calificación del delito sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones, y en el presente caso, el Ministerio Fiscal efectuó la calificación provisional por escrito de 29 de Mayo de 2000 acordada a los términos en que se procedió a dictar el auto de Transformación, de ahí, que en ese momento procesal, le estaba vedado a las acusaciones populares ejercidas por los actuales recurrentes efectuar un escrito de actuación extramuros de los límites acordados en el repetido auto de 4 de Mayo y desde esa perspectiva es correcta la acusación en los términos adhesivos concedida, siendo esta la verdadera y única razón, y no la tardía personación por querella sin prestación de fianza como parece deducirse del auto del Sr. Instructor. No existió la menor afectación al derecho a la obtención de la tutela judicial ni a ningún otro derecho fundamental de los recurrentes, y, debemos reiterar que incluso los recurrentes, de facto, y sin estar legalmente personados cuestionaron el ámbito del auto de 4 de Mayo 2000, ante el que recurrieron y que resultó confirmado, con lo que se podría decir que incluso ejercitaron derechos antes de su constitución como parte procesal, con lo que ejercitaron, y con creces, el derecho a hacer alegaciones y peticiones, sólo que sus peticiones impugnatorias de la legitimación pasiva y objeto del proceso fijados en tal secuencia no fueron acogidas.»

II. El ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas

No cabe duda que una persona jurídica puede ser perjudicada por el delito y que, en consecuencia, puede ejercitar la acusación particular.

Tras algunas vacilaciones iniciales de la jurisprudencia, tampoco cabe duda de que las personas jurídicas puedan ejercitar la acción popular. El art. 125 CE se refiere a los ciudadanos y el art. 24.1 del mismo texto fundamental se refiere a todas las personas. Sin duda cuando se refiere a todas las personas se están incluyendo tanto las naturales o individuales como las jurídicas o colectivas, y la misma interpretación se debe dar al concepto de ciudadanos que utiliza no sólo el artículo 125 sino también el 53.2 CE al desarrollar las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Dice la STS de 4 de marzo de 1994 (Montero Fernández-Cid):

Los artículos 125 de la CE, 19.1 de la LOPJ y 101 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECrim.) establecen la acción popular otorgando la legitimación para su ejercicio a los «ciudadanos»; mas no cabe limitar tal expresión a las personas físicas, pues como señala la básica s. del Tribunal Constitucional 241/1992, de 21 de diciembre, al respecto: «Aun cuando el art. 53.2 de la Constitución utiliza, como el art. 125, el término «ciudadanos», este Tribunal ha venido sosteniendo que con él se hace referencia tanto a las personas físicas como a las jurídicas (así STC 53/83), no ya porque a ambas se refiere también el art. 162.1.b) de la Constitución, sino, antes aún, porque «si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a «todas las personas», tanto a las físicas como a las jurídicas (STC 53/83). Si a ello se añade que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto (STC 147/85), es obvio que la persona a la que se refiere el art. 24.1 de la CE como titular de un derecho que comprende el de recabar la tutela judicial del derecho a acceder a la jurisdicción a través de la acción popular, es tanto la persona física o natural como la jurídica o colectiva y que, por ello, sólo a partir de una interpretación restrictiva de la expresión «ciudadanos» del art. 125 de la Constitución y de las utilizadas por los arts. 19 de la LOPJ y 101 y 270 de la LECrim puede justificarse la decisión judicial ahora discutida. Interpretación para la que, por lo demás, no existe otro argumento que no sea el meramente terminológico, insostenible desde el momento en que, con relación a otros preceptos constitucionales, este Tribunal viene entendiendo que el término en cuestión no se refiere exclusivamente a las personas físicas. Por el contrario, el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se

denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legislativamente desarrollados. En definitiva, si el término «ciudadano» del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular.

III. Personas jurídicas que defienden intereses colectivos o difusos

Si apuntábamos al principio que resulta extraño que una persona física que no tiene relación alguna con el hecho delictivo se constituya en actor popular, lo mismo cabe decirse de las personas jurídicas. Una sociedad civil o mercantil que no ha resultado perjudicada o en modo alguno ofendida por el delito, raramente ejercerá la acción popular.

Sin embargo, conocemos la existencia de asociaciones que tienen entre sus fines la defensa de intereses no particulares, sino colectivos o difusos. Así, a nadie resultaría extraño que una entidad como, por ejemplo, «SOS Racismo» se personara en un procedimiento en el que se enjuiciara un delito cuyo móvil fuera eminentemente xenófobo, o que una entidad ecologista se mostrara parte en un delito medioambiental.

La sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994 de 2 de marzo, ya citada más arriba, dice:

No puede negarse que existen algunas infracciones cuya persecución se conecta directamente con el objeto de ciertas entidades asociativas. Esto es lo que sucede precisamente con el de la Asociación recurrente. No es posible ignorar que en este caso el ejercicio de la acción penal constituye un medio especialmente indicado para el cumplimiento de los fines asociativos de la recurrente, relacionados directamente con la defensa del patrimonio natural. Como ha señalado el Ministerio Fiscal, resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa, en este caso respecto de la revocación de la sanción impuesta a un cazador que había abatido una avutarda.

En cualquier caso parece exigible una relación, más o menos directa entre el delito enjuiciado y los fines de la entidad jurídica que pretende personarse como acusación popular. Así parece indicarlo la sentencia

del Tribunal Constitucional 241/1992 de 21 de diciembre que otorgó el amparo a una asociación integrada por esposas e hijas de miembros del Cuerpo de Policía Nacional a la que el Tribunal Superior de Justicia denegó la personación:

A juicio del Tribunal Superior de Justicia, al reconocimiento de la legitimación pretendida se opone, además de la equivalencia entre las expresiones «ciudadano» y «persona física», el hecho de que la Asociación recurrente no tiene entre sus fines estatutarios ninguno que conecte con el ejercicio de la acción popular. Sin necesidad de analizar ahora si la legitimación de las personas jurídicas para acceder a la jurisdicción a través del ejercicio de la acción popular exige que el proceso penal en el que se pretende ser parte haya de tener alguna conexión con los fines asociativos o, si como es el caso para las personas físicas, el interés necesario para disfrutar de la requerida legitimación no sea otro que el interés común (así, STC 62/1983), basta ahora señalar que, a la vista del delito objeto de persecución (apología del terrorismo) y de la circunstancia de que la Asociación actora está integrada por esposas e hijas de miembros de la Policía Nacional destinados en Guipúzcoa, es evidente que, de ser necesaria la concurrencia de un interés distinto del común y general, tal interés efectivamente concurre en el presente caso, dado que son precisamente los cónyuges y padres de las asociadas quienes, en principio, más directamente afectados se encuentran por el fenómeno terrorista. Sin olvidar, de otra parte, que entre los fines estatutarios de la Asociación figura el de «prestar ayuda moral» a cuantas asociadas lo precisen, pudiendo cumplir perfectamente ese cometido la interposición de querellas para la persecución de quienes hacen apología de una actividad que tan directa y dolorosamente puede afectarlas.

No se trata, pues, tanto de que en los fines estatutarios se describa minuciosamente la finalidad social de acudir a los Tribunales en defensa de determinados intereses, ni de que conste como fin social la promoción de tales fines, sino como que haya una cabal relación entre la naturaleza de la asociación y sus fines y el objeto del proceso penal.

Como ejemplo quiero recordar que el Colegio de Abogados de Bizkaia ejerció la acción popular en un supuesto de malos tratos producidos por un policía municipal a un detenido, lo que dio lugar a la STS 943/2006, de 2 de octubre (ponente, Martín Pallín).

El Colegio de Abogados de Álava también se personó en un procedimiento ante el Tribunal del Jurado con motivo del asesinato de una compañera Letrada sucedido en mayo de 1999 (también estaba personada la Asociación Clara Campoamor). Al solicitar el imputado un Abogado defensor de oficio, le fue asignado, tras consulta con el Consejo

Vasco de la Abogacía, un miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Bizkaia (dio lugar a la STS 1767/2002, de 29 de octubre, ponente, Conde-Pumpido Tourón).

No cabe duda de que con las entidades jurídicas los problemas que plantea la acción popular se multiplican. Si se corre el peligro de que un ciudadano individual, persona física, utilice el proceso para fines espurios, este peligro se acrecienta en el caso de las personas jurídicas, que tienen más capacidad de movilizarse, de prestar fianzas, de contratar abogados, etc. Piénsese, por ejemplo, en una entidad editorial, que se persona en determinados procedimientos con la finalidad de obtener información de primera mano que luego puede ser difundida en los medios de comunicación que controla, o de quien pudiendo ser afectado en un proceso, se persona el otro paralelo también para conocer datos que puedan serle perjudiciales.

IV. Tres cuestiones concretas

Me voy a referir a continuación a tres cuestiones que se pueden plantear en relación con el ejercicio de la acusación popular. En realidad cualquiera de las tres se pueden presentar en el caso de la acción popular ejercida por un particular, pero en la práctica es más probable que se planteen interviniendo personas jurídicas como acusadores, de ahí que las haya incluido en este momento.

1. *Imposición de costas*

Sabemos que la regla general es la imposición de las costas al condenado en el proceso penal, incluyendo las de la acusación particular, excepto cuando la acusación se ejerce de forma notoriamente superflua, inútil o gravemente perturbadora o cuando las peticiones fueran absolutamente heterogéneas respecto de las del Ministerio Fiscal y con las aceptadas en la sentencia. Sin embargo la regla general es la contraria cuando se trata de la acusación popular, pues quien la ejerce no acciona un interés propio, sino que simplemente representa un interés difuso.

Así se declara, por ejemplo, en la STS 716/2009, de 2 de julio 2009, que contempla un supuesto en el que una entidad, la asociación Clara Campoamor, ejerció la acción popular, pese a que la sentencia con que finalizó con la condena del procesado, la Sala no incluyó en las costas a las correspondientes a la acusación popular. Dice el TS:

El ejercicio de la acción popular por personas o entidades que no han sido directamente afectados por los hechos delictivos, no pueden dar origen al pago o resarcimiento de las costas originadas por su actuación procesal.

Su posición en el proceso es diferente de la que ostenta la acusación particular.

En este último supuesto nos encontramos ante una persona directamente perjudicada u ofendida por el hecho delictivo que trata de perseguir y tiene derecho, según los casos, a que se le indemnice de los gastos realizados para conseguir su posición de parte y actuar en el procedimiento.

En el caso de la acusación popular, su ajenidad a los efectos directamente perjudiciales del delito, le dota de un carácter independiente que le convierte en representante de un difuso interés social en la persecución de los delitos que, por otra parte en nuestro sistema y cuando se trata de delitos perseguibles de oficio, se encomienda con carácter obligatorio al Ministerio Fiscal. Esta posibilidad de actuar, está condicionada ya que sólo puede extenderse al ejercicio de la acción penal estándole vedada cualquier pretensión indemnizatoria o resarcitoria, para la que no está legitimado el actor popular. En consecuencia nunca puede beneficiarse del pago de las costas por parte de los condenados (SSTS, 2/98 de 29.7, 1237/98 de 24.10, 515/99 de 29.3, 1490/2001 de 24.7, 1811/2001 de 14.5, 1798/2002 de 31.10).

El supuesto contrario, el de un proceso penal en el que interviene una entidad social como acusación pública y se resuelve con una sentencia absolutoria, recibe por los Tribunales un tratamiento distinto, es condenada en costas, al menos en aquella parte de la acusación que se apartó de la acusación oficial ejercida por el Ministerio Fiscal.

Este es el caso contemplado por la STS 902/2009, de 7 de julio (curiosamente dictada pocos días después de la anterior), en que la asociación acusadora, el «Instituto de Ecologistas en Acción y Amigos de los Humedales del Sur de Alicante» fue condenada en costas en una sentencia en la que eran absueltos todos los acusados de un delito ecológico. En el fallo de la resolución la Audiencia Provincial declara de oficio el pago de las seis catorceavas partes de las costas procesales causadas correspondientes a los acusados por el Ministerio Fiscal y por la acción popular, pero se impone expresamente a la acción popular, las ocho catorceavas partes de las costas procesales causadas a aquellas que fueron acusadas por la misma exclusivamente y que son absueltas.

Dice el Tribunal Supremo en su fundamentación que «no está en cuestión (la) legitimación ni el ejercicio de la acción, prevista en los artículos mencionados, aunque de configuración legal, sino que lo discutido es el fundamento en este caso de su pretensión punitiva, y si estamos exa-

minando el presente recurso es porque las asociaciones recurrentes gozan de plena legitimación para el ejercicio de la acción emprendida. Si a lo que se refiere el recurso es al hecho de que el artículo 240.3 LECrim. no menciona al querellante popular, debemos señalar que la Jurisprudencia de esta Sala ya ha señalado que «*si la ley procesal permite la condena en costas de quien, por haber sido ofendido o perjudicado por el delito, está especialmente legitimado para ejercitar la acción penal o sólo la civil derivada del delito, con más razón habrá de imponerse tal condena en esos casos de temeridad o mala fe procesal cuando, como aquí, se trata del ejercicio de una acción popular al amparo de lo dispuesto en el artículo 125 C.E. y 101 LECrim*» (STS 682/06).

2. Actuación bajo una misma dirección letrada. art. 113 LECrim

Dados los intereses que se mueven en muchos procesos penales, y la naturaleza del objeto de los mismos, no es infrecuente que sean varios sujetos los que pretenden ejercer la acusación y se personen pretendiendo ejercer la acción popular. En estos casos la Ley procesal da una norma que trata de encauzar el procedimiento y evitar una dilatación o complejidad excesiva e innecesaria, ordenando que cuando sean varias las personas que ejerciten las acciones derivadas de un delito o falta en el mismo proceso, lo hagan bajo una misma dirección y representación, si bien el propio art. 113 LECrim. matiza, *si fuere posible, a juicio del Tribunal*.

La STC 154/1997, de 30/10/97 nos ratifica la constitucionalidad de tal precepto y, a la vez, nos da los criterios para interpretar cuándo se debe entender que no es posible, desde el punto de vista constitucional, imponer una misma representación y defensa:

El derecho de acceso a la jurisdicción (ex art. 24.1 CE) no se encuentra excluido o impedido por la regulación que el art. 113 LECrim. realiza; ni puede afirmarse que tal precepto sea contrario —como sostiene la demandante de amparo— al art. 125 CE. Ciertamente, este último precepto constitucional establece que «... los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...», pero también señala a continuación «... en la forma... que la Ley determine...». No se trata, pues, de un derecho absoluto o incondicionado, sino de un derecho de configuración legal que, en consecuencia, el legislador puede regular y condicionar en su ejercicio, como en este supuesto concreto ha efectuado a través del art. 113 Ley de Enjuiciamiento Criminal, ahora controvertido. Esa regulación legal no excluye o impide por sí misma el acceso a la jurisdicción penal de todos «los ciudadanos» (y, entre ellos, de la asociación política recurrente), sino que se limita a condi-

cionar o regular dicho acceso cuando se da el supuesto en él previsto —conurrencia de varias personas que utilicen las acciones derivadas de un delito o falta en un mismo proceso penal— de una determinada forma, consistente en su actuación bajo una misma dirección técnica y representación, si «ello fuere posible» a juicio del Tribunal.

Pero, en relación con el concreto precepto que nos ocupa, este Tribunal ha añadido algo más a aquel criterio general, señalando cuál ha de ser, desde la perspectiva constitucional, la interpretación que de dicha norma procesal puede considerarse respetuosa con los distintos derechos fundamentales en conflicto. Así, en las mencionadas SSTC 30/1981 y 193/1991, tras afirmar, como antes se dijo, que el art. 113 LECrim viene a reforzar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se señala también que «... al mismo tiempo, al configurar (tal precepto) un litisconsorcio necesario impropio, cuando sea posible, puede afectar negativamente al derecho a la defensa y asistencia de Letrado, también constitucionalizado en el art. 24.2 CE. Por ello, la facultad de apreciación contenida en el art. 113 LECrim no puede entenderse como enteramente discrecional, pues habrá de tener presente los dos principios constitucionales que han de ser conciliados: El derecho a la defensa y asistencia de Letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De aquí que el presupuesto jurídico indeterminado «si fuere posible» haya de traducirse en algo más que una necesaria ausencia de incompatibilidad entre las distintas partes que ejercen la acción penal o civil derivada del delito —requisito mínimo—; es preciso una suficiente convergencia de intereses, e incluso de puntos de vista, en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencias letradas. En otro caso, es forzoso reconocer que se produciría una merma del derecho de defensa ante los Tribunales que difícilmente se justificaría en aras de una economía procesal, lógicamente de inferior rango en una escala axiológica de los principios procesales, a la que, por otra parte, puede atenderse por medios de menor trascendencia, como son la valoración en cada caso concreto de la pertinencia de lo solicitado por cada una de las partes o el otorgamiento de plazos comunes para alegaciones».

Con mayor razón los órganos judiciales podrán afirmar en sus respectivas resoluciones que aquella convergencia de intereses y puntos de vista en la actuación procesal se da en los supuestos que los diversos acusadores están ejercitando la acción popular (y no la acusación particular), puesto que la convergencia de intereses y fines es evidente y estriba en que «se haga o imparta justicia»; es decir, todos ellos presentan un objeto único y una legitimación común, pues, tratándose en todos los casos de acusación popular, no cabe hablar

de fines distintos que el común a todos ellos: Que se actúe el *ius puniendi* del Estado.

Ahora bien, ello no excluye tajantemente que, cuando se trate de diversas acusaciones populares entre sí, o cuando concurren estas y acusaciones particulares en una misma causa penal o, incluso, en los supuestos en que la pluralidad de acciones derive de varias acusaciones particulares, pueda existir divergencia de intereses o enfoques en la actuación procesal que hagan necesaria, o acaso imprescindible, la defensa técnica y representación singularizada de cada una de ellas. Por tanto, no es la determinación en abstracto de la condición en que se actúe en la causa (acusación popular o particular) la que justifica por sí sola la *ratio* del precepto que examinamos (art. 113 LECrim.) y su correcta aplicación.

A modo de ejemplo quisiera recordar ahora que en el proceso que siguió a los horrorosos asesinatos del 11 de marzo de 2004 —Sumario 20/2004 del Juzgado Central de Instrucción número 6— la Audiencia Nacional entendió en un principio que la Asociación de Víctimas del Terrorismo y la Asociación 11M Afectados del Terrorismo debían comparecer con una misma representación y defensa, hasta que, por vía de recurso, se llevó a la convicción del Tribunal la diferencia de intereses de ambas asociaciones, como quedó patente en su actuar procesal a lo largo del proceso.

3. *El actor popular como único acusador*

Una cuestión de enorme interés y actualidad (de relativa actualidad, puesto que lo sucedido hace uno o dos años, en un mundo como el nuestro, es ya «Historia») es el análisis de aquellos supuestos en que, no ya el inicio del proceso, sino la acusación en la fase de juicio oral pretende ser ejercitada exclusivamente por la acción popular, sin que exista acusación del Ministerio Fiscal ni tampoco de acusación particular alguna.

Dado que este tema, así como el análisis de las sentencias del TS 1045/2007, de 17 de diciembre («caso Botín») y 54/2008, de 8 de abril («caso Atutxa»), será tratado por mi compañero de Mesa D. Joaquín Giménez, lo dejo simplemente apuntado aquí.

V. **Los partidos políticos en el ejercicio de la acción popular**

No cabe duda de que todo lo dicho más arriba es también predicable de los partidos políticos, con todas sus ventajas e inconvenientes.

No es extraño que un partido político se persone en un procedimiento determinado, bien porque quiere demostrar su interés en coadyuvar a la acción de la Justicia, bien porque se refiere a un hecho cometido por un rival político.

Pero tampoco resulta extraña la personación en procedimientos en los que resulta imputado un político afiliado al mismo partido que pretende personarse en el procedimiento, sin que su intervención sea precisamente el ejercicio de una acusación, sino más bien todo lo contrario: bien ejercer una defensa indirecta, bien estar enterados de datos o pruebas que puedan perjudicar al propio partido político. El ejemplo más típico sería el de un proceso por malversación de fondos públicos contra un concejal de un determinado partido político. El partido político puede personarse en el procedimiento con la externa finalidad de ayudar a la Justicia a depurar eventuales responsabilidades, pero también con la finalidad de que su nombre quede incólume, o incluso con la finalidad de ver si surgen pruebas que pudieran implicarle en un presunto delito de financiación ilegal que parece planear en el ambiente.

Todos conocemos casos en los que partidos políticos intervienen en procesos penales, bien como perjudicados, bien ejerciendo la acción popular. Entre las sentencias más arriba mencionadas en este trabajo podemos citar la STS 702/2003, de 30 de mayo (Giménez García), en un proceso por los delitos de estafa y alteración de precio de subastas, en el que se personaron el representante del grupo municipal del PSOE en el Ayuntamiento de Oviedo, y el propio partido, duplicidad de personación —dice el ponente de la sentencia— que sólo ha provocado una duplicidad de actuaciones procesales sin ventaja alguna dada la total sintonía de sus respectivas posiciones. En la STS 692/2008 («caso AVE») el Partido Popular ejerció la acusación popular. En la STS 798/1995 formuló acusación la Coalición Izquierda Unida de Cantabria, en la STS 154/1997 es UPN quien se constituye en acusación popular, en la STS 1045/2007 intervino como acusación Iniciativa per Catalunya, etc., sin que en ocasiones se distinga claramente cuál es la naturaleza de su participación. Así en ocasiones se habla de que el actor no es perjudicado por el delito, pero se admite su personación sin exigirle fianza y en otras se entremezclan los conceptos acusación particular pública y popular.

Como se puede leer en la prensa de los últimos días, hasta Falange Española de las JONS está personada en un procedimiento penal, con fianza de 6000 euros, pero sin que pueda compartir la defensa con los otros querellantes personados, Manos Limpias y Libertad e Identidad, puesto que según la resolución judicial, la querrela presentada por el partido político alberga un claro propósito de restaurar el honor y la

imagen de dicho partido y de sus miembros, por los que sus objetivos son difícilmente conciliables (La Gaceta de los Negocios y resto de la prensa escrita del día 20 de febrero de 2010)

VI. Los entes públicos como acusadores populares

El problema se complica cuando pensamos en la posibilidad de que los entes públicos, la Administración, se constituyan en actor popular. ¿Puede ser parte acusadora de un proceso penal el Estado, o una Diputación Foral o un Ayuntamiento? Por supuesto, no me refiero al caso de que se hayan lesionado bienes o intereses de tales entes, sino cuando pretenden defender un interés general. No es infrecuente, cuando ha sucedido un crimen particularmente grave y que hiere especialmente la sensibilidad de la sociedad, oír que el Ayuntamiento en donde ha sucedido manifiesta su intención de personarse como acusación popular.

En principio la Administración pública se contrapone como concepto al ciudadano. Sin entrar en excesivas disquisiciones jurídicas, ni introducirnos en el Derecho Administrativo ni Político dado el contenido de esta ponencia, la Administración ejerce el poder —administra— a los ciudadanos. Los ciudadanos podrán ser personas físicas o jurídicas, pero las administraciones, son otra cosa.

Hemos visto más arriba que la jurisprudencia, tras algunas vacilaciones ha entendido que los arts. 24.1 y 125 CE, cuando hablan de personas o de ciudadanos, se refieren a todas las personas, tanto las naturales o individuales como las jurídicas o colectivas, ahora bien, no tiene por qué referirse a las personas de naturaleza pública. El ciudadano puede ser persona física o jurídica, pero privada, enfrentada o distinta de la Administración.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 274 y 280, se refieren al *particular querellante*. Y los artículos 101 y 270 se refieren a los *ciudadanos españoles*. No creo yo que ni el Estado ni una Comunidad Autónoma, ni un Ayuntamiento pueda ser calificado de persona particular, ni de ciudadano español. La STS 34/1994, ya citada más arriba, precisamente al llegar a la conclusión de que las personas y ciudadanos a que se refiere la Constitución pueden ser personas colectivas, dice: «La tutela judicial en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas...»

También en principio podemos decir que la ley precisamente instituyó al Ministerio Fiscal para el ejercicio de todas las acciones penales que procedan con arreglo a la ley —arts. 105, 271 y concordantes LECrim.— A él la Constitución encarga promover la acción de la justi-

cia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley —art. 124 CE—. Si un ente público quiere defender un interés público ante los Tribunales, parece que debe hacerlo por medio del Ministerio Fiscal.

Todo esto lo digo como planteamiento de la cuestión, puesto que la conclusión parece que va a ser la contraria.

La primera aproximación a la cuestión debe ser el debate sobre si las personas jurídicas de Derecho público con personalidad jurídica son susceptibles de ser titulares de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales y las libertades públicas nacen como conquista del ciudadano y frente al Estado, o como forma de limitación del poder del Estado.

Como dice ROSADO IGLESIAS («La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica») «la capacidad de las personas de Derecho público es, al igual que su personalidad, diferente de la que ostentan los particulares (ya sean personas físicas o jurídicas): mientras estos últimos poseen una capacidad general (correlato del reconocimiento y atribución de personalidad jurídica en función de su entendimiento como sujetos capaces de adoptar decisiones propias), la capacidad de las personas jurídico-públicas está limitada y determinada por el ordenamiento, «constituida por la atribución individualizada de potestades-competencias». Competencias que se atribuyen para el cumplimiento de determinados fines prefijados por el ordenamiento (que con carácter general se resumen en el servicio al interés general como recoge el art. 103.1 CE).»

Lo cierto es que son numerosos los supuestos en que personas jurídico-públicas han acudido al Tribunal Constitucional en el ejercicio de derechos fundamentales, desde la STC 19/1983, de 14 de marzo en que se reconoció legitimación a la Comunidad Foral Navarra:

El recurrente, al hilo de la legitimación, sostiene que la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo sólo corresponde a los ciudadanos, a cuyo efecto cita el art. 53.2 de la Constitución. La Sala, sin embargo, no puede compartir esta interpretación del mencionado precepto, ya que basta leer los arts. 14 a 29 para deducir el sentido del art. 53.2, que es el de afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales libertades y derechos, es decir, que todos los ciudadanos son titulares de los mismos, pero sin que ello limite la posible titularidad por otras personas.

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos...

Pues bien, la expresión «Todas las personas», hay que interpretarla en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con «la tutela efectiva de los jueces y Tribunales», que comprende lógicamente —en principio— a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso, capacidad que no puede negarse a la Diputación Foral —hoy Comunidad Foral— en sus relaciones jurídico-laborales, sin que sea necesario examinar en el presente recurso si la solución anterior sería también de aplicación en el supuesto de que se tratara de relaciones de carácter jurídico-administrativo. Por lo demás, y como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido de casos en que los conflictos han sido promovidos por personas jurídicas (Sentencias de 27 de octubre de 1975 y de 6 de febrero de 1976), y el art. 6.º del Convenio reconoce el derecho a la tutela judicial, para las relaciones civiles y penales, expresión que no tiene el sentido de excluir las de carácter laboral, ni, por lo tanto, los recursos que tienen por objeto la actuación de los órganos judiciales competentes en materia laboral (Sentencia del Tribunal Europeo de 6 de mayo de 1981, caso Buchholz). Por lo que, en definitiva, si tuviéramos que acudir a los tratados y convenios ratificados por España para interpretar el art. 24.1 de la Constitución —de acuerdo con su art. 10.2— quedaría confirmada la conclusión anterior que deriva de una interpretación lógica de la propia Norma Fundamental, que es de preferente aplicación.

En conclusión, entendemos que la Diputación Foral —ahora Comunidad Foral— es titular del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución cuando actúa en relaciones de carácter laboral.

El Tribunal Constitucional entre los años 1988 y 1995 mantenía la doctrina de que en principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos. Por ello, no pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública. En consecuencia, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía.

Con todo, el Tribunal Constitucional no tuvo reparo alguno en afirmar que, «por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución como derecho a la prestación de actividad jurisdic-

cional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden. No obstante, en línea con lo anteriormente expuesto, añadía seguidamente que no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos, y que por ello, hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho. (SSTC 64/1988, de 12 de abril; 197/1988, de 24 de octubre; 99/1989, de 5 de junio; 91/1995, de 19 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre; 123/1996, de 8 de julio).»

La STC 129/2001, de 4 de junio, reiteraba la existencia de importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales para los entes de Derecho público con personalidad jurídica. En el supuesto contemplado por esta resolución, la Audiencia Provincial de San Sebastián declaró la falta de legitimación del Gobierno Vasco para querrellarse por los delitos de calumnias e injurias a la Ertzaintza, puesto que, dada su condición de órgano colegiado que ostenta las funciones ejecutivas y administrativas del País Vasco, no está capacitado, según se dice en el Auto recurrido en amparo, ni para personarse como acusación particular, al no poder ser considerado directamente perjudicado por las imputaciones presuntamente calumniosas vertidas contra la policía autonómica vasca, ni para instar la acción popular, reservada exclusivamente, según lo dispuesto en los arts. 125 CE y 101 LECrim, a los ciudadanos.

Exponía la sentencia del TC en su fundamentación jurídica:

La pretensión ejercitada por el demandante de amparo tiene por objeto previa la declaración de que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva el reconocimiento de que se halla legitimado para ser parte como acusador en el proceso penal de referencia, sea como acusador particular, sea mediante el ejercicio de la acción popular.

Es claro, en todo caso, que, dados los términos del art. 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a «los ciudadanos», que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política.

«En el presente caso, el Auto de la Audiencia Provincial, ahora impugnado, fundamenta la falta de legitimación del Gobierno Vasco en la naturaleza del bien jurídico protegido a través de los delitos de calumnia e injuria que se cometan contra autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado. Según el órgano judicial, «en estas infracciones la norma protege no el honor de una persona individual o colectiva, sino el interés público representado por el principio de autoridad», de lo cual deduce que «no cabe en este tipo de infracciones considerar que la Administración resulta directamente perjudicada, y por ende carece de legitimación para ejercitar la acción particular».

Por su parte, alega el recurrente en la demanda de amparo que, incidiendo negativamente los hechos relatados en la querrela formulada en el efectivo prestigio de la Ertzaintza, y dado que aquél ostenta la representación de dicha Policía Autónoma, ha de considerarse que el recurrente resultó directamente perjudicado, «con independencia del interés público cuya protección es asumida por el Ministerio Fiscal».

En relación con el derecho a personarse como acusación particular, hemos indicado que la determinación de si una persona debe ser considerada como ofendida o perjudicada por un delito, presupuesto legal del ejercicio de la acusación particular (art. 110 LECrim), es una cuestión de legalidad cuya determinación corresponde realizar a los Tribunales ordinarios, careciendo en consecuencia de relevancia constitucional «a no ser que la resolución judicial denegatoria de la legitimación se manifieste arbitraria o notoriamente irrazonable» (SSTC 34/1994, de 31 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, 113/1984, de 29 de noviembre, FJ 2).

Pues bien, partiendo de estas consideraciones, y teniendo también en cuenta —conforme a lo anteriormente expuesto— la proyección limitada del derecho a la tutela judicial efectiva cuando quien invoca la condición de ofendido por el delito es una persona jurídico-pública, ninguna vulneración del mencionado derecho puede imputarse al Auto de la Audiencia Provincial de San Sebastián que se recurre en amparo. En efecto, con independencia de un cierto lacerismo que puede apreciarse en dicha resolución judicial, ha de cons-

tatarse, desde el estricto ámbito de enjuiciamiento que cabe hacer en esta jurisdicción de amparo, que la Audiencia fundamenta la ausencia de legitimación del Gobierno Vasco para interponer la mencionada querrela en la imposibilidad de que delitos como los que han dado origen a ésta puedan causar perjuicio directo alguno a la Administración, debido al bien jurídico protegido por los mismos: bien jurídico que no sería el honor —en este caso de la Administración— sino el interés público representado por el principio de autoridad y que, en cuanto tal, no puede servir de fundamento para el ejercicio de la acción particular.

En definitiva, el Tribunal Constitucional no entra en el fondo de si el Gobierno Vasco fue o no perjudicado por el presunto delito de injurias o calumnias contra la Ertzaintza. Entiende que esta es una cuestión de legalidad ordinaria y que, por lo tanto, debe ser interpretada por el Tribunal de instancia, sin que la instancia constitucional pueda variar la valoración de los órganos penales, salvo que observara una notoria irrazonabilidad o arbitrariedad, pero expresa que no puede ejercitar la acción popular en defensa de un «interés público».

La STC 175/2001, de 26 de julio, en un recurso promovido por la Generalidad de Cataluña frente a una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que inadmitió su demanda contra el Ayuntamiento de Caldes d'Estrac sobre nombramiento de un Inspector de la Policía Local, daba el siguiente razonamiento jurídico: «El derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, protege, antes que nada, a los individuos frente al poder. Por extensión, también el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ampara a otros sujetos privados que son creación y expresión de las libertades de los ciudadanos. Por eso, ya en la STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1, declaró este Tribunal que «no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos».

«A partir de la jurisprudencia constitucional —sigue diciendo la citada STC— se puede concluir que sólo en supuestos excepcionales una organización jurídica pública disfruta —ante los órganos judiciales del Estado— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y por lo mismo, sólo excepcionalmente podemos considerar al recurso de amparo como cauce idóneo para que las personas públicas denuncien una defectuosa tutela de los jueces y Tribunales.»

Según el Tribunal Constitucional, sólo excepcionalmente —y en ámbitos procesales muy delimitados— podemos admitir que las personas

públicas disfrutan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se trataría, en primer lugar de aquellos supuestos en que su situación procesal es análoga a la de los particulares. Sería el caso ya examinado más arriba de la Diputación Foral de Navarra, en que se hacía referencia a que estaba amparada por el art. 24.1 CE «en sus relaciones laborales» y en un proceso en el orden social. Se trata de litigios donde las personas públicas no gozan de privilegios o prerrogativas procesales y piden justicia como cualquier particular.

Sin embargo esta STC 175/2001, hace una nueva afirmación:

Las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 7). Corresponde a la Ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso.

Esta afirmación da lugar a un cambio de criterio que sucede con la STC 311/2006, de 23 de octubre, con motivo de un recurso de amparo interpuesto por la Generalitat Valenciana alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción frente al Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de julio de 2005, en virtud del cual se le denegó la personación para el ejercicio de la acción popular en el procedimiento penal de Tribunal de Jurado 1/2004 seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xátiva (Valencia) por presunto delito de homicidio enmarcado en el ámbito de la denominada violencia de género.

El Gobierno de la Generalitat Valenciana había interpuesto una querrela personándose en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Xátiva, en ejercicio de la acción popular al amparo de los arts. 125 CE, 19.1 LOPJ y 101 LECrim. Mediante providencia de 19 de enero de 2005 el citado Juzgado acordó tener por personada a la Letrada de la Generalitat en su representación y en calidad de acusadora en ejercicio de

la acción popular, pero el Ministerio Fiscal se opuso a dicha personación sosteniendo que la Generalitat Valenciana, en cuanto Administración pública, no tenía encaje en el concepto de ciudadanos del art. 125 CE, pues este término sólo se refiere a personas privadas. Si bien el Juzgado confirmó la personación, la Audiencia Provincial, en vía de apelación, estimó su recurso negando, por consiguiente, legitimación a la Generalitat Valenciana para el ejercicio de la acción popular.

Según se expone en la propia sentencia del Tribunal Constitucional, la resolución impugnada fundamenta la denegación de la personación en cuatro argumentos: que el término «ciudadanos» al que se refiere el art. 125 CE no admite ser interpretado como comprensivo de la Administración pública; que al no ser perjudicada por el delito carecía de legitimación para ejercer la acusación particular; que, además de la acusación pública ejercida por el Fiscal, se ejercieron dos acusaciones particulares, una por los familiares de la víctima y otra por el Colegio de Graduados Sociales; finalmente, que el art. 36 de la Ley valenciana 9/2003 habría creado una nueva forma de acusación, invadiendo la legislación estatal y contradiciendo la doctrina de este Tribunal Constitucional.

Conviene ahora mencionar aquí que esta norma, la Ley 9/2003 es la Ley de la Generalitat Valenciana, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en cuyo artículo 36 se establece que «la Conselleria con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana».

Retomando la argumentación de la STC 175/2001, el Tribunal Constitucional afirma:

En relación con el derecho de acceso al proceso sostuvimos en la citada Sentencia que el art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación en todo caso de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento, de modo que corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado, sin que el ordenamiento constitucional admita exclusiones arbitrarias u otras que por su relevancia o extensión pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. Ahora bien, una vez que la Ley ha incorporado los mecanismos procesales, «la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guía-

da, también en relación con las personas públicas por el principio pro actione» cuando se trata del acceso a la jurisdicción, ya que la limitación del alcance del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa «respecto del legislador, no en relación con el juez» (FJ 9).

Al comienzo de esta trabajo hacía referencia a la conexión entre el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), relación reconocida por el Tribunal Constitucional desde la STC 62/83, quien ha afirmado con posterioridad que una interpretación restrictiva de «las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular» puede reputarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción

Ahora bien, sigue diciendo el TC:

También hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la Ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio pro actione que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción «para resolver, precisamente, los problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción» (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

En el presente caso el TC advierte que hay una norma legal que permite expresamente el ejercicio de la acción penal, la Ley de la Comunidad Valenciana 9/2003, concluyendo que la denegación de la personación a la Generalitat Valenciana en el procedimiento seguido, para ejercer la acción popular tiene relevancia constitucional en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del que es titular la citada entidad pública al tratarse de la denegación del acceso a la jurisdicción penal.

Este criterio fue confirmado por la STC 8/2008, de 21 de enero, con motivo de la denegación de la personación del Gobierno de Cantabria en un proceso, también en un supuesto de muerte relacionada con la violencia de género, basando la personación en el artículo 18 de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas. Recuerda en

este caso el Tribunal Constitucional (con cita de las SSTC 311/2006 y 175/2001) que «corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado» y que, una vez que la Ley ha incorporado dichos mecanismos procesales, «la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio *pro actione* cuando se trata del acceso a la jurisdicción, ya que la limitación del alcance del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa respecto del legislador, no en relación con el juez».

En definitiva, si existe una norma —autonómica, foral, ¿incluso municipal?— que autorice el ejercicio de la acción penal, debemos entender que el ejercicio de la acción penal se está realizando según las previsiones del legislador, no debiendo ponerse trabas, en consecuencia a tal ejercicio. El Tribunal constitucional no entra a conocer si la norma que regula tal ejercicio invade o no competencias estatales, puesto que está haciendo una regulación complementaria de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VII. A modo de conclusión

A la vista de los problemas que plantea la acción pública, ejercida tanto por particulares como por personas jurídicas, tanto por entes privados como públicos, tal vez sea conveniente replantearnos una regulación más restrictiva, sin dejar de tener en cuenta el principio *pro actione*, pero asegurando que su ejercicio tenga la finalidad de coadyuvar a la Administración de Justicia y no intereses particulares o espurios. En definitiva, como se ha dicho más arriba, «...No se trata, de un derecho absoluto o incondicionado, sino de un derecho de configuración legal que, en consecuencia, el legislador puede regular y condicionar en su ejercicio... (ST 154/1997) ...ante la inconcreción y generalidad del precepto —y en tanto no se produzca la necesaria reforma legislativa que racionalice y prevenga los potenciales abusos en el ejercicio de la acción popular— serán las concretas circunstancias que concurren en cada caso las que habrán de determinar su correcta interpretación y aplicación por el órgano judicial y no solamente la naturaleza de la acción penal ejercitada.»

Sería posible regular la acción popular de otra forma distinta, más limitada que en su regulación actual (de la misma forma que los ciudadanos pueden participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, pero no todos los procesos —ni tan siquiera to-

dos los procesos penales— se celebran ante el Tribunal del Jurado). Tal regulación sólo podría ser tachada de inconstitucional si no respetara el contenido esencial del derecho.

No hay que olvidar que el art. 24.1 CE se refiere al derecho a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los *derechos e intereses legítimos*, no de intereses espurios o irreconciliables con el interés de la Justicia. Parece ineludible medir muy cuidadosamente en cualquier supuesto, no sólo en el enjuiciado, el tratamiento que, desde el punto de vista adjetivo, deba darse a la llamada «acción popular», pues aunque constituya un derecho constitucionalmente establecido, su concepto no puede ser interpretado de forma tan amplia que desemboque necesariamente, como de hecho se está comprobando, en convertir al simple denunciante en una parte acusadora en el proceso, con las posibilidades dialécticas que ello supone (Auto de 16 de marzo de 2005, TSJ de Andalucía con sede en Granada).

En lo que se refiere a las personas jurídicas de Derecho Público, entiendo que el Tribunal Constitucional incurre en una cierta contradicción, puesto que el principio general *pro actione*, queda supeditado, según las últimas sentencias expuestas, a la existencia de una ley que expresamente prevea el ejercicio de la acción popular por el ente público. Si el ente público tiene por finalidad promover el bienestar de todos los ciudadanos que abarca y conseguir la paz social entre ellos, parece excesivamente formalista requerir que una norma tenga que decir lo que parece ser una emanación de tal cometido.

Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo

Joaquín Giménez García

Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo

I. Introducción

Sin duda una de las instituciones más características del sistema procesal penal español es la acción popular en virtud de la cual, cualquier persona, sea o no perjudicada con el delito, puede ejercer la acción penal con total amplitud e independencia del Ministerio Fiscal.

Resulta imprescindible la referencia como precedente más ilustre al artículo 255 de la Constitución de Cádiz de 19 de Marzo de 1819, según el cual:

...El soborno, el cohecho y la prevaricación de los Magistrados y Jueces produce en acción popular contra los que los cometan...

Parece claro que el origen de esta previsión podría encontrarse en una desconfianza hacia la Magistratura a la hora de depurar las responsabilidades de alguno de sus miembros por el riesgo al blindaje de estos, por ello se autoriza expresamente a cualquier ciudadano a que denuncie los más típicos delitos relacionados con la actuación judicial: el soborno, el cohecho y la prevaricación, se diría que se está dando una respuesta a la permanente pregunta *¿Quis custodet custodios?*

Esta previsión era tanto más razonable cuanto que en la Constitución de 1812 para nada se refiere a la institución del Ministerio Fiscal.

Un precepto que podría conectarse con esta previsión constitucional lo podemos encontrar en el art. 406 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que:

...El juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular...

La concreta previsión a la acción popular en este artículo, carece de relevancia, a mi juicio, en la medida que con carácter general y por lo tanto con validez para cualquier tipo de delito, el artículo 101 LECriminal establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos españoles podrán ejercerla con arreglo a las prescripciones de la Ley, por lo que, insisto, a mi juicio, la previsión a la acción popular en el artículo 406 es redundante.

La acción popular aparece regulada, como acaba de decirse, en los arts. 101 y 270 de la LECriminal. Según el art. 101 la acción penal es pública y todos los españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, lo que viene a reiterarse en el art. 270.

En el art. 125 de la vigente Constitución vuelve a reconocerse la acción popular en los siguientes términos: «...*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular... en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine...*», por su parte el art. 19 de la LOPJ establece que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular en los casos y formas establecidos en la Ley, siendo especialmente relevante, en cuanto a garantizar la efectividad de la Constitución el art. 20-3.º de la LOPJ según el cual «...*no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular...*».

En feliz expresión de Calamandrei, la acción popular puede catalogarse como un lujo del derecho pues es escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia.

Sin embargo, hay que añadir, como contrapunto que la acción popular es una institución totalmente desconocida en los sistemas de justicia penal tanto de la Unión Europea como de nuestro entorno cultural en clave iberoamericana, no existiendo tampoco en el mundo anglosajón.

Es una rareza exclusiva del sistema procesal penal español.

En el resto de los sistemas de enjuiciamiento penal la acción penal se ejercita en régimen de monopolio por el Ministerio Fiscal al que hay que recordar que en nuestro art. 124.1.º de la Constitución le asigna el carácter de promotor de «*la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés tutelado por la Ley*», lo que viene a ser un elemento coincidente con el resto de los sistemas penales pero la diferencia se encuentra en que en España el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal sino que esta puede ser ejercida, además, por la víctima y por el acusador popular en régimen de absoluta independencia y sin vinculación con la posición que adopte el Ministerio Fiscal. Sin ningún afán exhaustivo podemos citar diversos códigos procesales de Repúblicas Iberoameri-

canas y de dos de los países más próximos de nuestro entorno cultural europeo.

En el Código de procedimiento penal italiano, en el artículo 50, se habla del ejercicio de la acción penal que solo la tiene el Fiscal salvo en los casos en los que sea necesaria una querrela o autorización para proceder contra senadores y diputados. La víctima solo puede ejercer la acción civil indemnizatoria y así se prevé expresamente en el artículo 74.

En el Código de Procedimiento Penal francés, el artículo 31, se nos dice que el Ministerio Fiscal ejercerá la acción pública y promoverá la aplicación de la Ley y ésta no le atribuye a nadie más esta posibilidad por lo que el ejercicio de la acción pública la desempeña en régimen de monopolio el Ministerio Fiscal. La víctima solamente puede constituirse en parte civil en reclamación de la indemnización por los perjuicios causados, artículo 87 y 418.

1. De los países sudamericanos sin ningún afán exhaustivo se puede citar el art. 231 del Nuevo Código de Procedimiento Penal de Ecuador de 13 de Enero de 2000, en vigor desde el 11 de Julio de 2001:

Quando el fiscal no haya acusado, el juez, si considera necesaria la apertura del juicio o si se ha presentado acusación particular ordenará que se remitan las actuaciones al fiscal superior para que acuse o ratifique el pronunciamiento inferior. Si el pronunciamiento del inferior es ratificado, el juez debe admitir el dictamen del fiscal y dictar auto de sobreseimiento....». Es claro, pues que sin acusación fiscal no puede haber juicio.

2. El Código de Procedimientos Penales de la República de Honduras, en su art. 14, después de decir que la acción penal puede ser pública o privada, en el art. 16 prevé que «...la acción pública por los delitos no comprendidos en los capítulos a que se refiere el artículo anterior (delitos privados) corresponde al Ministerio Público, a los ofendidos y a los parientes de éstos, de conformidad con la Ley...».

3. El Código de Procedimiento Penal de Colombia, aprobado por Ley 906 de Agosto 31 de 2004, en su art. 66 otorga la titularidad de la acción penal al Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación.

4. En Venezuela, el art. 285-4.º de la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado, y el Código Orgánico Procesal Penal, en su art. 23 reitera que la acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo que

solo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento (en delitos privados). El art. 120 permite a la víctima adherirse a la acción del Ministerio Público.

Es interesante el art. 121 que en relación a delitos contra los derechos humanos cometidos por funcionarios públicos *cualquier* persona física o jurídica puede presentar querrela.

5. El Código Procesal Penal de *Panamá* aprobado por Ley de 28 de Agosto de 2008 —Ley No.63— en su art. 68 establece que:

...Corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos, ejerciendo las acciones derivadas de ellos ante los Juzgados y Tribunales en que actúen...

El art. 81 prescribe que el denunciante no es parte del proceso, el art. 84 define al querellante como a la víctima del delito, reconociéndole en los delitos investigables de oficio el papel de querellante coadyuvante con el Ministerio Público, y el art. 107 define como tercero afectado al perjudicado en su patrimonio por el delito reconociéndoles el derecho de asistir a la audiencia de formulación de la acusación. El art. 111 califica la acción penal como pública y su titular es el Ministerio Público, el art. 112 establece los delitos públicos dependientes de instancia privada que requieren previa denuncia de la parte ofendida y el art. 114 los delitos estrictamente privados.

6. El Código Federal de Procedimientos Penales de *México*, reformado el 28 de Junio de 2007, en el art. 113 determina que:

«...El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia...». Se exceptúan los delitos privados.

7. Código Procesal Penal del *Perú*, aprobado por Decreto Legislativo n.º 957 y publicado en el Diario Oficial «*El Peruano*» el 29 de Julio de 2004.

Art. 1.º «...la acción penal es pública. Su ejercicio en los delitos de persecución pública corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona natural o jurídica mediante la acción popular...»

Art. 60 «...el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, o a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. El Ministerio Fiscal conduce desde su

inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del ministerio público en el ámbito de su función...».

Lo relevante de este texto es que se reconoce expresamente la existencia de la acción popular, a cualquier persona natural o jurídica pero solo a los efectos de solicitar del Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, es decir, se le concede un carácter exclusivamente de transmitir la *notitia criminis* pero no de ejercicio de la acción penal.

8. Código Procesal Penal de Chile publicado por Ley 19696 de 12 de Octubre de 2000. Última modificación por Ley 20253 de 14 de Marzo de 2008.

Art. 53 «...La acción penal es pública o privada. La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la Ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

La acción penal privada solo podrá ser ejercida por la víctima. Excepcionalmente la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la previa denuncia de la víctima...».

Art. 77 «...Los Fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la Ley...».

El art. 111 reconoce la posibilidad de que cualquier persona capaz domiciliada en la provincia donde se hubiere cometido el delito, podrá formular querrela por hechos relativos a delitos terroristas o cometidos por funcionarios públicos que afecten a los derechos humanos o a la probidad pública.

El art. 112 establece que la querrela será remitida por el Juez al Ministerio Público y se podrá presentar en tanto no esté cerrada la investigación por dicho Ministerio Público, y finalmente también es relevante el art. 261 en el que se permite que el querellante pueda adherirse a la acusación del Ministerio Fiscal o acusar particularmente en los términos previstos en dicho artículo.

Como puede observarse hay un específico y concreto campo de actuación del ciudadano no perjudicado que en cuanto querellante puede dirigir la acusación, bien en forma coadyuvante o bien autónomamente en los términos a los que se refiere el art. 261.

II. Notas fundamentales de la acción popular

Como primera nota hay que partir de su reconocimiento constitucional como se recoge en el art. 125 antes citado; ahora bien dicho reconocimiento no equivale a concederle el carácter de un derecho fundamental y ello por la poderosa razón de que el catálogo de tales derechos fundamentales se encuentra en la sección 1.º del capítulo 2.º, título 1.º de la Constitución, arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia que se encuentra en el art. 30, en virtud de la expresa referencia que se encuentra en el art. 53.

A ello hay que añadir que siendo la acción popular una institución desconocida en el resto de los sistemas penales, tanto los de origen latino como los de anglosajón, como ya se ha dicho, no aparece reconocida como tal en ningún Tratado Internacional.

De su consagración constitucional se derivan dos consecuencias como afirma GIMENO SENDRA:

- a) El poder legislativo no puede derogarla ni eliminarla aunque sí está legitimado para regular su ejercicio según se deriva del propio art. 125.
- b) Reconociendo que no es un derecho fundamental en sentido estricto, el Tribunal Constitucional lo ha relacionado como un derecho conectado con la tutela judicial afectiva, como un «*ius ut procedatur*», por lo que no se pueden poner obstáculos insalvables a su ejercicio o que la dificulten, y precisamente en esa línea están las previsiones de la LOPJ antes citadas.

Como segunda nota, hay que decir que se trata de un derecho de configuración legal y como tal, su contenido, extensión y ámbito puede quedar regulado por la Ley Ordinaria con la única salvedad de que el legislador no podrá hacer una interpretación de esta institución tan restrictiva que en la práctica vacíe el contenido del núcleo esencial del derecho, lo que equivaldría a la eliminación de la misma.

Como tercera nota, y de acuerdo con la clasificación de derechos objetivos que efectuó JELLINEK, la acción popular se ha encuadrado como *status activae civitatis*, es un derecho cívico *quibus ex populo* como ya se la denominó en los Instituta de GAYO.

A tal respecto, la propia Constitución determina la titularidad de la misma a favor de los ciudadanos españoles. Esto ya plantea el problema de la legitimación de los extranjeros para el ejercicio de la acción popular ante los Tribunales españoles. En una primera aproximación parece claro que estarían excluidos, pero el tema se complica si lo referimos a los ciudadanos de la Unión Europea, ya que esta se funda-

menta en una ciudadanía común, por ello la limitación a los ciudadanos españoles, sin duda, podría ser considerado como una discriminación que atentaría contra el propio sistema jurídico de la Unión.

El art. 12 del Tratado de la Unión prohíbe toda discriminación al respecto y por tanto no sería admisible que desde la perspectiva de la acción popular pudiera ser considerado como extranjero, pero también hay que advertir que sería paradójico que el ciudadano europeo que no tiene en su respectivo país esta institución pudiera ejercerla en España.

Es cierto que el ciudadano europeo que fuese perjudicado por el delito no tendría ningún problema en el ejercicio de la acción particular como tal perjudicado, pero estimo que sería más problemático respecto del ciudadano europeo no perjudicado que pretendiera ejercer ante los Tribunales españoles la acción popular. En todo caso es un tema que no ha llegado todavía a los Tribunales por lo que no existe jurisprudencia al respecto.

Como cuarta nota, hay que referirse a la legitimación de las personas jurídicas, instituciones y organismos.

Sin perjuicio de reconocer que en un primer momento tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo fue contraria a la legitimación de las personas jurídicas para actuar como acusadores populares, hoy la cuestión está resuelta afirmativamente.

La STC 62/83 —síndrome tóxico—, fue la primera que abordó el tema de la acción popular, y aunque desestimó el recurso de amparo instado por la cuantía de la fianza impuesta, reconoció a la acción popular el carácter de derecho fundamental.

Más restrictiva fue la doctrina sentada en la STC 147/85; con posterioridad acogiéndose a la doctrina integradora que estima que la acción popular es un derecho fundamental pero que no se deriva directamente del art. 24-1, se pronunciaron las SSTC 34/94, 50/98 y 79/99.

Prácticamente esta es la posición actual del Tribunal Constitucional como lo acredita las recientes SSTC 311/2006 y 8/2008.

Obviamente, la admisión de las personas jurídicas y las instituciones y organismos públicos como legitimados para el ejercicio de la acción popular, lleva consigo extender dicha legitimación a asociaciones o entidades privadas. En tal sentido, las Asociaciones de Consumidores o Usuarios, la protección del medio ambiente, en definitiva las entidades que tiene por actividad la defensa de intereses difusos y por tanto colectivos, tienen legitimación para el ejercicio de la acción popular.

Como quinta nota, hay que decir que están excluidos del ejercicio de la acción popular aquéllos que están excluidos del ejercicio de la ac-

ción penal en los términos del artículo 102 de la LECriminal, es decir, los que no gocen de la plenitud de derechos civiles, que hubiese sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querellas calumniosas y el Magistrado o Juez. No obstante el mismo artículo prevé que en los dos primeros supuestos sí se pueda ejercitar la acción penal por delitos o faltas cometidas contra los familiares que el artículo cita.

En cuanto a las exclusiones, hay que recordar que la acción penal no existe en el orden civil, en tal sentido podemos referirnos a la STS de 3 de Mayo del 2000 de la Sala I, tampoco está reconocida en la jurisdicción militar y tampoco existe en la Ley Penal del Menor que en su artículo 25 expresamente está prevista que «*en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares*».

En el campo administrativo, la vigente Ley del Suelo, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de Junio de 2008, reconoce la acción popular en el ámbito de actuación de dicha Ley.

III. Requisitos para el ejercicio de la acción popular

Son cuatro:

1. Necesidad de formular querrela.
2. Exigencia de prestar fianza.
3. Intervención mediante abogado y procurador.
4. Que el hecho ofrezca *prima facie* los caracteres de delito o falta.

Por lo que se refiere a la formulación de querrela, esta es imprescindible si con ella se inicia el proceso penal. En el caso de que se trate de un proceso ya iniciado bien por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, la jurisprudencia de la Sala II con un criterio muy expansivo ha venido a exonerar del requisito de la querrela al actor popular. Hay que decir que la ley no contempla este caso ni por tanto excepciona de la presentación de querrela al actor popular en tal caso. Se está ante una interpretación jurisprudencial.

Por lo que se refiere a la *fianza* esta debe ser proporcionada y adecuada a la capacidad económica del actor popular. El art. 20 de la LOPJ en su párrafo 3.º señala que:

...no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impiden el ejercicio de la acción popular...

Al respecto, se pueden citar entre otras las SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985 que tempranamente sentaron la doctrina de que

podría llevar a una efectiva indefensión, prohibida por el art. 24-1.º de la Constitución, la exigencia por el órgano judicial de fianzas en una tal cuantía a quienes pretendieran interponer querrela para el ejercicio de la acción popular que en la práctica desembocaría en una efectiva imposibilidad de su ejercicio.

En lo que se refiere a la *intervención de abogado y procurador*, caso de existir varias acusaciones populares se plantea el problema de la litigación conjunta ex art. 113 LECriminal.

La STC 193/91 concedió el amparo solicitado por el actor popular contra la decisión del juzgado de actuar bajo una misma y única dirección letrada a las varias acusaciones populares. Sostiene el Tribunal Constitucional que las partes acusadoras pueden encomendar su representación y asesoramiento jurídico a persona de confianza, sin que el art. 113 LECriminal sea obstáculo. Sólo en el caso de que se dé la suficiente convergencia entre las diversas partes acusadoras de suerte que de no actuar conjuntamente se daría una repetición de diligencias, podría aceptarse la misma dirección letrada.

En el caso estudiado no se daba, y por ello concedió el amparo.

Idéntica doctrina se dio en la STC 154/1997 de 29 de Septiembre aunque en este caso verificó que *sí* existió una convergencia de posiciones y aplicó el art. 113 que tiene por finalidad evitar dilaciones indebidas.

Recientemente ante el ejercicio de una acción popular por los mismos hechos que motivaron el ejercicio de una primera acción popular por una Asociación, se acordó que la segunda Asociación querellante actuara bajo la misma dirección y representación que la primera tras verificar la identidad de ambas querellas y con apoyo en el artículo 113 de la LECriminal. Se trata del auto de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de Junio 2009, Causa Especial Recurso 20153/2009.

De su argumentación retenemos los siguientes párrafos:

«...En el presente caso es patente la convergencia de intereses desde cuatro perspectivas: primero, el interés de los dos querellantes, en el ejercicio de la acción popular es idéntico: que se actúe el *ius puniendi*, o dicho de otro modo, que se haga justicia; segundo los materiales objeto de enjuiciamiento son los mismos: se trata de diversas resoluciones dictadas en las Diligencias Previas 399/2006, luego convertida en Sumario 53/2008 del Juzgado de Instrucción Central n.º 5; en tercer lugar la persona del querellado es la misma..... en cuarto lugar, hasta la calificación jurídica que ambas acusaciones populares postulan en la misma: Prevaricación Judicial del art. 446 Cpenal. En definitiva hay una absoluta identidad entre los elementos subjetivos y objetivos que conforman el objeto del proceso...»

«...Desde esta doble perspectiva legislativa del art. 113 LECriminal y de identidad en las dos querellas interpuestas, estimamos que el derecho a la jurisdicción y, enlazado con ello el derecho a la defensa y asistencia de letrado de confianza del querellante no queda excluido ni sufre lesión de alcance constitucional porque se imponga una misma postulación y asistencia letrada a las dos entidades que ejercen la acusación popular. Se trata de una posibilidad recogida en el artículo citado y que desarrolla, como se ha visto, su eficacia, en lo que aquí interesa, frente a todas las partes acusadoras, particulares o populares.

Por contra, la actuación de cada querellante con su propia representación y asistencia letrada, provocaría sin duda unas inútiles reiteraciones así como una artificial complejidad en la tramitación derivada de la pluralidad de partes que supondría un sacrificio injustificado en el derecho a una rápida respuesta judicial.

En definitiva, el derecho de acceso a la jurisdicción y a la designación de letrado, debe razonablemente ceder en beneficio del superior interés a un proceso sin dilaciones, dada la absoluta identidad entre ambas querellas...».

Aunque en el auto nada se dice al respecto, también es relevante la reflexión de que le supone una carga injustificada al querellado la presencia de varios querellantes con postulación y asistencia letrada propia, para sostener una misma e idéntica posición.

En general hay que reconocer que la doctrina de la Sala II ha sido, en gran medida, muy favorable a la legitimación de la acción popular, sin duda, a mi juicio, influenciada por el aire democratizador que esta institución tuvo a partir de la Constitución y también —como ya previó Francisco SILVELA— por una inconfesada y apriorística desconfianza al Ministerio Fiscal por su conexión con el Poder Ejecutivo al ser el Fiscal General del Estado cargo de confianza nombrado por el Gobierno.

También existen, no obstante, algunas llamadas de atención y en tal sentido la STS 1300/93 de 5 de junio ya exigía el máximo cuidado en los casos:

«...en los que con el simple enunciado de ejercer una acción popular ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión y sin que pueda servir de sustento a ese interés (y este es el caso) la defensa genérica de la moral pública...». En el mismo sentido, STS 438/2001.

Recientemente, la Sala II del Tribunal Supremo en dos Plenos jurisdiccionales, es decir, actuando todos los Magistrados como integrantes

del Tribunal, ha dictado dos resoluciones de contenido diferente en relación al ejercicio en solitario de la acción popular. La importancia de la doble —y a mi juicio contradictoria— jurisprudencia mantenida, unido a la importancia de los asuntos, en sí mismos, y por su proyección mediática, ha situado el debate de la acción popular en la primera línea de los foros jurídicos.

Pasamos al estudio de ambas resoluciones y de sus votos particulares.

IV. La sentencia del Tribunal Supremo 1045/07 de 17 de diciembre y sus votos particulares (caso Botín)

1. *Supuesto de hecho: Asunto «primas únicas» del Banco de Santander*

En la causa, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron el sobreseimiento. Después de esta petición se persona la Asociación para la defensa de Inversores y Clientes ejercitando la acción popular: también lo hizo como acusación particular Iniciativa per Catalunya-Verds.

El Juez Central aceptó las acusaciones efectuadas, dictando los autos correspondientes y remitiendo la causa a la Audiencia Nacional, cuya Sección III en Auto de 20 de Diciembre dictó el Sobreseimiento Libre de las actuaciones por estimar que carecían de legitimación las dos acusaciones populares para acusar *en solitario*, a la vista de lo preceptuado en el art. 782 LECriminal.

Recurrida la decisión por las dos acusaciones populares, la Sala II actuando en Pleno, como ya se ha dicho, por mayoría confirmó la decisión de la Audiencia Nacional, rechazando los recursos de casación formalizados. Se contabilizaron cinco votos particulares en contra de la decisión y dos votos particulares concurrentes con la decisión de la mayoría —siete— aunque con argumentación diferente.

2. *Argumentos de la sentencia de la mayoría*

Se formalizaron por ambos recurrentes idénticas denuncias a través de dos motivos encauzados por la vía de la vulneración de derechos constitucionales. En el primer motivo se alegaba la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24-1.º y que no ha existido modificación legal en la Ley 38/2002 y en el segundo, se alegaba la vulneración del art. 125 porque el derecho de la acusación popular

es un derecho fundamental y autónomo e independiente de otras acusaciones.

Las respuestas de la Sala fueron las siguientes:

- a) El ejercicio de la acusación popular, no obstante su reconocimiento constitucional ex art. 125, no es un derecho fundamental al estar excluido del Capítulo II, Título I de la Constitución. No está incluido en ninguno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales firmados por España, tampoco está reconocido en las democracias europeas de las que forma parte España y, además, podría constituir un privilegio de «*los españoles*», pues sólo a ellos se refiere la LECriminal. A este respecto, conviene precisar que, la Constitución se refiere a «*los ciudadanos*», por lo que, a mi juicio, el término «*españoles*» pudiera ser interpretado desde el concepto de ciudadanía europea.
- b) Es un derecho de configuración legal, por lo tanto el legislador ordinario está habilitado para determinar en qué procesos y en qué condiciones puede ejercitarse la acción popular. La Sala no admite que el fundamento de la acción popular lo constituya una desconfianza hacia el Ministerio Fiscal que de la misma se derive la legitimidad para que pueda dirigir la acusación en solitario el acusador popular.
- c) El hecho nuevo que justifica el cambio de jurisprudencia se encuentra justificado en la redacción actual del art. 782 dada por la Ley 38/2002. No puede sostenerse que nada ha cambiado entre el viejo art. 790-3.º y el actual 782, ambos de la LECriminal. Todo el debate parlamentario en torno al actual art. 782 y al término «*acusador particular*» tuvo por finalidad la idea de distinguir a este del acusador popular, de suerte que cuando se nombra a aquel se excluye a este. Se cita a este respecto la enmienda n.º 133 (12) por su claridad y que se cita textualmente en el Auto recurrido de la Audiencia Nacional «...*Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa quivis ex populo, sin haber sido perjudicado por el delito...*» —f.jdco. primero, párrafo 14 de la sentencia de la mayoría—.
- d) La limitación operada es consecuencia de la configuración legal a que está sometida la regulación de la acción popular. Por otra parte la interpretación que se sostiene es ajustada al tenor literal del art. 782, y por lo tanto no puede ser tachada de interpretación «*contra legem*», ni tampoco «*praeter legem*».

En la propia LECriminal se distingue entre el acusador popular y el acusador particular. De los arts. 102 y 270 se deriva la distinción conceptual entre acusador particular y el acusador popular.

3. Argumentos de los votos particulares

En los votos particulares (siete en total) hay que distinguir dos grupos:

- a) Dos votos concurrentes con la decisión de la mayoría, si bien con una argumentación de tipo procesal propia.
- b) Votos contrarios con la decisión de la mayoría, a los que me referiré.

Los cinco votos con distintos matices vienen a sostener una idéntica posición, a saber que cuando el art. 782 se refiere al acusador particular, dentro de este concepto ha de estimarse incluido el actor popular, y, en consecuencia el recurso de casación debió ser estimado con nulidad del Auto de la Audiencia Nacional de 20 de Diciembre, devolución de la causa a dicho Tribunal para la continuación del proceso y colaboración del juicio oral contra los imputados. *Sus argumentos*, entre otros, son los siguientes:

- Nada ha cambiado la Ley 38/2002. Una modificación tan relevante como la que propugna la Sentencia debería haber sido más explícita y no emboscada.
- En el modelo de estado constitucional de derecho, no existe un principio de confianza entre instituciones, sino un sano principio de desconfianza.
- Se desactiva al actor popular en el momento cumbre del proceso, al privarle de dirigir la acusación en solitario, y ello lesiona el principio del derecho a la tutela judicial efectiva.
- La decisión de la mayoría deja en manos del Ministerio Fiscal la persecución de delitos contra bienes difusos en los que no existen víctimas directas, cuando, precisamente, en la defensa de tales bienes difusos (delitos contra la Administración, medioambientales, Hacienda, etc.) encuentra la acción popular su propio campo.
- El reconocimiento de abusos en el ejercicio de la acusación popular y la conveniencia de una más precisa regulación legal no justifica la cercenación de posibilidades de actuación del actor popular que se deriva de la sentencia de la mayoría. En ocasio-

nes el ejercicio de la acción popular ha sido el único mecanismo eficaz para posibilitar el enjuiciamiento y condena de hechos gravísimos.

- La interpretación del término «*acusación particular*» empleada en el art. 782 no debe efectuarse de forma aislada, sino integrándola con otros preceptos de la misma Ley en los que se refiere a partes personadas, acusaciones personadas, partes acusadoras.

V. La STS 54/2008 de 8 de abril y sus votos particulares (caso Atutxa)

1. *Supuesto de hecho*

La causa se inicia por delito de desobediencia contra el entonces Presidente del Parlamento Vasco y otras personas, por negarse a disolver el Grupo Parlamentario de Herri Batasuna, como consecuencia de la ilegalización del partido político HB.

La causa se tramita en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dada la condición de aforados de los imputados. El Ministerio Fiscal formuló querrela así como el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias. La Instructora acuerda el sobreseimiento de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito, recurren la acusación popular exclusivamente y con ella, en solitario, se formaliza la acusación, se abre el juicio oral y se dicta sentencia absolutoria.

El Ministerio Fiscal sostuvo la tesis absolutoria.

Contra esta sentencia se formaliza recurso de casación. La decisión de la Sala II, también formada por todos los Magistrados, fue la de estimar el recurso de la acusación popular, y revocando el fallo absolutorio, condenar a todos los absueltos en la instancia. Obviamente existieron votos particulares. Cuatro en contra de la decisión de la mayoría, un quinto, también contrario pero por otros razonamientos.

Realmente, visto el posicionamiento de la Sala en la anterior sentencia 1045/07, de alguna manera quedaba prefigurado el resultado de esta causa a salvo, como ocurrió, de un trasvase de votos del sector mayoritario de dicha sentencia a favor de los minoritarios en aquella sentencia, que, de este modo, conformaron una nueva mayoría en la sentencia 54/2008.

Dicho más claramente, los mayoritarios de la sentencia del caso Botín quedaron en minoría en la sentencia del caso Atutxa en virtud de un cambio de dirección del voto de algunos Magistrados.

De esta suerte el voto mayoritario estaba integrado también por nueve y el minoritario por cinco.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

En síntesis ya estaban anunciados en los votos particulares del «caso Botín».

En definitiva, se viene a decir que el art. 782-1.º exige como escenario que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular soliciten un sobreseimiento. En tal caso no procede en solitario mantener la acusación del actor popular. Pero si el escenario es el de un Ministerio Fiscal que no acusa y no hay (o no puede haber) acusación particular personada por no existir perjuicio, y existe una acusación popular personada, entonces sí puede esta en solitario mantener la acusación. En palabras de la propia Sentencia f.jdco. primero apartado II:

...En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico...

3. Argumentos de los votos particulares

Me centraré exclusivamente en los aspectos relativos a la acción popular.

Los votos particulares vienen a sostener las tesis mayoritarias de la sentencia del «caso Botín», ya expuestos.

En la argumentación se incidió en las diversas enmiendas parlamentarias que dieron como resultado el actual art. 782 LECriminal, y en concreto se hizo referencia a la enmienda n.º 133 del Grupo Parlamentario Catalán que decía:

«...la finalidad de la enmienda es esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales del acusado particular —como representante del perjudicado por la acción delictiva— y el actor o acusador particular....», así mismo se hizo referencia a enmiendas semejantes de los Grupos Parlamentarios PNV y PSOE.

La distinción que se efectúa en la Sentencia del «caso Atutxa», atenta al principio de igualdad ante la Ley, pues, paradójicamente, los imputados por delitos sin víctimas ni perjudicados, estarían expuestos a

acusaciones populares, lo que no ocurriría en los otros delitos con víctimas, y ello les convertiría en ciudadanos de peor condición.

Se rechaza el pre-judicio de pasividad ante el Ministerio Fiscal olvidando que este es un órgano constitucional, integrado en el Poder Judicial regido por un Estatuto Orgánico, contiene diversos mecanismos internos de control que refuerzan su independencia y los fines de la institución.

Frente a esta situación, mal remedio puede ser una acción popular sin exigencia de control sobre los intereses que dice proteger y cuando la experiencia acredita que la *«...desviación al sistema de justicia penal de conflictos escasamente jurídicos, o simplemente la utilización del proceso penal para finalidades ajenas a su propio cometido, parece vehiculares, actualmente, a través del ejercicio de la acción popular en no pocas ocasiones...»*.

También se señala que con este cambio jurisprudencial queda en cuestionamiento el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9-3.º de la Constitución *«...por lo que debe velar muy especialmente esta Sala, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria...»*.

Finalmente, se aboga en los votos particulares por una regulación sistemática de la acción penal por parte del Poder Legislativo.

VI. La STS 8/2010 de 20 de enero (el caso Ibarretxe / Patxi López)

Constituye la tercera sentencia dictada por la Sala II en relación a la Acción Popular. Dictada el 20 de enero de 2010, año y medio posterior a la sentencia del Caso Atutxa, ofrece la peculiaridad de que *no* fue dictada por el Pleno de Magistrados de la Sala como las dos anteriores —sino solo por cinco Magistrados que es la composición ordinaria de la Sala—, por lo que no representa, a mi juicio, una exacta radiografía de la opinión de toda la Sala como ocurrió con las dos anteriores. Existió un voto particular concurrente en defensa del ejercicio de la acción popular *sin* limitación alguna y con total autonomía e independencia del Ministerio Fiscal.

Recordaremos sumariamente que los hechos se centrarían a las conversaciones que habían mantenido, entre otros, el entonces Lehendakari del Gobierno Vasco —Ibarretxe— con Arnaldo Otegui, miembro de H.B., y asimismo la causa también era contra Patxi López —Secretario General del P.S.E. y actual Lehendakari—, y todo ello por haber sido ilegalizado el partido político H.B. por el Tribunal Supremo.

Se ejerció la acción popular y la Asociación Foro de Ermua, y la Asociación Dignidad y Justicia. El Ministerio Fiscal desde el primer momento interesó el sobreseimiento por no estimar cometido ilícito penal alguno.

Después de diversos avatares procesales que no es preciso reseñar, el TSJ del País Vasco, en su Sala Civil y Penal, dictó con fecha 15 de Enero de 2009 auto de sobreseimiento libre que fue recurrido en casación por las dos Asociaciones citadas.

La sentencia, en su f.jdco. segundo, en referencia a la doctrina de las anteriores sentencias 1045/2007 y 54/2008, considera que se trata de jurisprudencia complementaria y no contradictoria.

Retenemos este párrafo:

...Con relación al supuesto objeto de la impugnación de las acusaciones populares, constatamos la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTs 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos anteriormente señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos por el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio Fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008)...

Admitió las alegaciones de los recurridos como adhesión al Recurso de Casación, adhesión que en realidad supone a pesar del nombre, una posición autónoma, independiente y contraria a la de los recurrentes —f.jdco. tercero—.

Finalmente, se resolvió estimar la alegación de falta de tipicidad alegada por los recurridos, con la consiguiente confirmación del sobreseimiento libre acordado, pero declarando *expresamente* la legitimidad de las Acusaciones Populares, para solicitar en solitario la apertura del juicio oral.

VII. La acción popular como respuesta a la desconfianza del Ministerio Fiscal

Resulta indispensable referirse al discurso leído por D. Francisco SILVELA ante la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el 31 de Octubre de 1888.

...No hemos encontrado ni será posible señalar precepto alguno expreso que con la lógica y franqueza del Código de instrucción francés conceda al funcionario la representación en exclusiva de ese derecho, y arranque al ciudadano la facultad de promover y mantener su acción para perseguir delitos...

Se estaba refiriendo D. Francisco SILVELA a la Instrucción Criminal de 1833 en la que no se contenía expresa referencia al mantenimiento de la acción popular, y razón tenía SILVELA en la medida que en el artículo 2 de la LECriminal de 1872, y con una dicción semejante a la actual se volvía a decir que: *«... la acción penal es pública. Todos los españoles hayan sido o no ofendidos por el delito pueden querellarse ejercitando la acción popular...»*

SILVELA se pronuncia claramente a favor de la tesis amplia y autónoma del ejercicio de la acción popular por los ciudadanos con total independencia del Ministerio Fiscal.

... En mi sentir responde a la naturaleza y condición de la acción popular, cuyo principio no es otro que el derecho del ciudadano a perseguir el fin social de la justicia independientemente de la reparación que para ello tiene el Estado...

Y en relación a su fundamento, ya manifestó que no es una concreción de la soberanía ejercitada por el pueblo, ni un derecho material o individual sino *«... es una función que se le confía al ciudadano al igual que el derecho de sufragio o el de elegibilidad de cargos públicos...»*.

Y añade en el discurso citado:

...No cabe dudar que la acción pública en el terreno de la pura ciencia, debiera ser una sola, que los fines del Ministerio Fiscal al ejercitarla se confunden en un todo con los de la acción popular, y que ésta representa un principio de desconfianza de aquélla...

Y termina abogando por los beneficios que se derivan de la mayor participación del sentimiento público en la vida de las instituciones judiciales, todo ello *«...llevaba consigo el establecimiento en la Ley y en la práctica de la acción popular, y de su ejercicio y su mantenimiento como derecho del ciudadano, distinto y separado de el del particular, ofendido y del Ministerio Fiscal representante del Estado...»*.

En definitiva, para este autor son dos los fundamentos de la acción popular: la desconfianza hacia el Ministerio público por la dependencia, o proximidad con que puede estar situado en relación al poder ejecutivo y la manifestación de la participación del ciudadano en la actividad del tercer poder del Estado, en el Poder Judicial.

Es difícil, en sede teórica, no estar de acuerdo con estas reflexiones. El debate se centraría en el mantenimiento en la actualidad de esta institución en los términos con los que aparece recogido en la Ley.

Como se ha visto, uno de los fundamentos del ejercicio de la acción popular —tal vez el principal— es la desconfianza hacia la actuación del Ministerio Fiscal por su cercanía al Poder Ejecutivo.

El Ministerio Fiscal, aparece recogido en el art. 124 de la Constitución, dentro del Título VI, del Poder Judicial, y el art. 2 del vigente Estatuto Orgánico sitúa al Ministerio Fiscal como integrado, con autonomía funcional dentro del Poder Judicial, por lo que el diseño y ubicación del legislador ha sido muy claro al respecto, lo cual no implica que se reconozca la problemática que pueden ser las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo. De hecho es una cuestión actual en muchos países de nuestro entorno.

Hay que recordar que el art. 124 de la Constitución le encomienda la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.

Finalmente se dice que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de acción y dependencia jerárquica, con sujeción en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad.

Su actuación está regulada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981 de 30 de Noviembre que ha tenido, entre otras, una importante reforma por la Ley 14/2003 de 26 de Mayo y más recientemente por la Ley 24/2007 de 9 de Octubre.

Estamos en presencia de un órgano constitucional, cuyas funciones y régimen de actuación, ya en síntesis, recogido en la Constitución, se desarrolla más extensamente en los arts. 3 y siguientes de su Estatuto.

Asimismo en los arts. 8 y siguientes se regulan las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos y en concreto en cuanto a la relación Ministerio Fiscal-Ejecutivo, se reconoce que el Gobierno «*podrá interesar*» que el Ministerio Fiscal promueva las acciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, tal comunicación se efectuará por conducto del Ministro de Justicia y el Fiscal General —oída la Junta de Fiscales—, resolverá lo que proceda.

Especial importancia tiene el Consejo Fiscal —art. 14 del Estatuto— formado por tres miembros natos: el Fiscal General, el Teniente Fiscal y el Fiscal Jefe Inspector y *nueve* Fiscales de todas las categorías elegidas por tres miembros de la Fiscalía. Tiene por misión asistir y asesorar al Fiscal General del Estado.

Ciertamente que salvo en casos muy puntuales, que afectan al régimen interno de la Carrera como en materia disciplinaria o en materia de incompatibilidades y prohibiciones —arts. 58 y 67 del Estatuto—, los informes de dicho Consejo Fiscal no son vinculantes.

De mayor alcance, es la redacción del actual art. 31 del Estatuto que ha establecido un mandato tasado de *cuatro* años, no prorrogable, así como concretas causas del Fiscal General del Estado, y con ello se ha puesto fin al «*latiguillo*» de los ambientes judiciales que venía a decir que el cargo de Fiscal General del Estado podía tener una duración de una semana: desde el día de la semana en que era nombrado, en Consejo de Ministros, hasta el próximo Consejo de Ministros de la semana siguiente en que podría ser cesado.

Ciertamente que el Fiscal General del Estado es cargo de confianza del Ejecutivo, está nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, pero oído previamente el Consejo General del Poder Judicial y tras una comparecencia en el Parlamento —art. 29— desde esa realidad, su autonomía se ha potenciado al dar estabilidad a su mandato, esto es incuestionable.

El camino de progresiva separación del Ejecutivo puede tener más recorrido, y en tal sentido se podrá reflexionar sobre la conveniencia de eliminar como causa de cese el del cese del Gobierno que lo hubiera nombrado, para que el nuevo ejecutivo pudiera nombrar otro de su confianza, pero, habrá de convenirse, a mi juicio, que el camino que se está recorriendo, sitúa al Ministerio Fiscal como una institución autónoma, próxima al Ejecutivo pero no dependiente ni menos subordinado a él.

Y es desde esta realidad actual incontestable que debe valorarse la desconfianza expresada por SILVELA al Ministerio Fiscal hace casi dos centurias.

Desde esta realidad creo que debe someterse al cedazo de la crítica las posiciones interesadas y no inocentes que tratan de reducir el papel del Fiscal General del Estado al de un simple monaguillo del Gobierno de turno, y ello debe tener su influencia en la legitimidad del ejercicio de la acción popular.

Una última reflexión. El ejercicio de la acción popular como hoy lo conocemos, que convierte a España en un país con tantos potenciales Fiscales como personas, no me parece una respuesta idónea para conjurar tal riesgo de pasividad del Ministerio Fiscal.

La respuesta de convertir a cualquier ciudadano en Fiscal y garante del interés público, en la práctica, lo único que ha hecho ha sido permitir la derivación al sistema de justicia penal de conflictos de naturaleza política con el consiguiente deterioro para la institución judicial por el desgaste a que se la somete.

La existencia de asociaciones o partidos políticos formalizando que-
relas contra personas con responsabilidades políticas, es una realidad
desconocida en *todos* los países de nuestro entornoy en esta situa-
ción todos perdemos, pero fundamentalmente el propio sistema de jus-
ticia penal es el más perjudicado.

Son multitud los defensores de la independencia judicial, que no
dudarían en atropellar a los Jueces de quienes no consigan lo que ellos
esperan, y por ello esperan obtener de la justicia aquellos éxitos que no
alcanzarían en otros escenarios situados extramuros del mundo judicial,
y, en no pocas veces de la mano del ejercicio de acciones populares.

Es evidente que el uso patológico de una institución no justifica sin
más la eliminación de la misma. Ya hemos dicho que, además, la tesis
abolicionista no es posible.

La solución es la regulación legal a efectuar por el Legislativo, desde
la serenidad y reflexión, sin maniqueísmos.

VIII. La acción popular como participación del ciudadano en la Justicia

La justicia en España se ejerce en nombre del Rey, pero el poder
jurisdiccional como todo poder, tiene una legitimidad popular: está
en el pueblo. Puede pensarse que se está en una contradicción. Al
respecto basta decir que el art. 117-1.º de la Constitución así lo pro-
clama: la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del
Rey.

Por otra parte el reconocimiento de la acción popular está constitu-
cionalizado, por lo que todo debate tendente a su eliminación es bal-
dío. El art. 125 de la Constitución previene que «...*los ciudadanos po-
drán ejercer la acción popular....*».

Esta reserva de garantía constitucional contiene una doble limita-
ción para el legislador ordinario:

- a) No puede impedir a los ciudadanos el ejercicio de la acción po-
pular y
- b) No puede efectuar una reglamentación tan reduccionista, que,
en la práctica suponga la imposibilidad o gran dificultad para su
ejercicio.

Ya se ha dicho que se está en presencia de un derecho de configu-
ración legal pero creo que una cierta restricción a la hora de legitimar
su ejercicio para evitar el abuso de jurisdicción, me parece obvio. Allí
donde hay abuso, no hay derecho.

Ciertamente la propia Sala II del Tribunal Supremo, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, y como garante de los principios de seguridad jurídica —art. 9-3.º— y de igualdad ante la Ley —art. 15— podía haber hecho esta labor, pero no ha podido ser.

La doctrina de los casos Botín y Atutxa antes expuesta, frente a opiniones bien intencionadas que hablan de doctrina complementaria —y eso es lo que dice la sentencia del caso Ibarretxe/Patxi López— estimo que es contradictoria.

De entrada supone «*alumbrar*» dos acciones populares de diferente contenido:

- a) Una en relación a los delitos en los que los posibles perjudicados no ejercen la acusación particular, ni tampoco la acción pública el Ministerio Fiscal, en cuyo caso tampoco la pueden ejercer los acusadores populares —caso Botín— por inexistencia de interés público y particular.
- b) Otra en relación a aquellos delitos en los que *no* se da esa doble *ausencia* de interés particular y público, en cuyo caso, sí se permitiría la actuación en solitario de la acusación popular.

Por decirlo en palabras de la STS 54/2008 —caso Atutxa—, f.jdco. primero:

...Solo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero en efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acusación popular que insta la apertura del juicio. En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico...

En palabras de la STS 8/2010 de 20 de Enero —caso Ibarretxe/Patxi López— se admite la actuación en solitario de la acusación popular:

...En aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos por el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular...

Con independencia de la distinta amplitud con que ambas sentencias justifican la actuación en solitario de la acusación popular, y al respecto basta la comparación de ambos textos, las preguntas que debe responderse es la siguiente:

¿Qué parte de interés público no queda cubierta con la actuación del Ministerio Fiscal al no dirigir la acusación, qué porcentaje?.

¿Cómo y quién lo determina?.

¿En qué delitos se da esa situación?

La sentencia del caso Atutxa se refiere a un delito de desobediencia «¿...se está ante un delito que tenga unos bienes jurídicos de naturaleza colectiva...?. ¿Protege el delito de desobediencia del art. 410 Cpenal bienes difusos de naturaleza colectiva?. Hay que recordar que dicho artículo forma parte del Título XIX, Delitos contra la Administración de Justicia, y que el Ministerio Fiscal tiene como especial competencia según el art. 124 de la Constitución «*velar por la independencia de los Tribunales*», independencia que, a mi juicio, *sí* se ve menoscabada cuando se le desobedece.

Pues bien, ¿qué legitimidad puede sostenerse por parte de una acusación popular para proteger una parte del interés público cuando el depositario institucional para el ejercicio de la acción penal no lo hace por estimar que no hubo desobediencia y eso fue, a la postre lo que declaró el Tribunal?

Por supuesto existen en el Cpenal tipos penales que protegen intereses difusos como el medio ambiente, delito fiscal, ordenación del territorio y otros. Estos delitos describen figuras que atentan contra víctimas sin rostro, pero no por eso menos reales. La víctima es la propia sociedad, hay una macrovictimización.

Estos tipos de delitos y solo estos, serían —a mi juicio— los que justificarían la actuación de asociaciones o individuos que, comprometidos con esos bienes jurídicos, pudieran estar legitimados con plena libertad para actuar en el proceso penal, incluso acusando en solitario.

Por eso se deberían excluir, a mi juicio, las personas públicas y los partidos políticos.

Las Administraciones Públicas, tanto el Estado, la de las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos, tienen la obligación de colaborar con el Ministerio Fiscal y este buscar esa colaboración, pero convertirse ellos mismos en acusadores, no parece que quepa dentro de sus competencias.

Los partidos políticos tienen otras finalidades constitucionales que nada tienen que ver con esta institución procesal. Los partidos políticos vertebran y consolidan el pluralismo político, es decir la diversidad ideológica.

Nada tiene que ver con el ejercicio de acciones penales, misión que desde la óptica de la legítima diversidad ideológica lleva insito dentro el riesgo de utilizar partidariamente una pieza tan esencial del sistema jurídico como es la acción penal.

IX. Conclusiones-Posición personal

Llegados a este punto, mi posicionamiento queda expuesto en las siguientes reflexiones:

- 1.^a Estimo necesario que el Poder Legislativo regule de forma sistemática la acción popular en el proceso penal.
- 2.^a Tal regulación, desde el punto de vista del ámbito objetivo, debería contener el catálogo de delitos en los que sería susceptible el ejercicio de la acción popular.
- 3.^a Desde el punto de vista de la legitimación activa, debería quedar limitado a personas individuales y asociaciones que hubiesen acreditado con anterioridad un interés en la defensa de los bienes jurídicos puestos en peligro.
- 4.^a Sería muy conveniente, por claridad y para proteger el principio de seguridad jurídica que se precisase si el ejercicio de tal acción popular es absolutamente independiente y autónomo de la actividad del Ministerio Fiscal.

Bibliografía consultada

- Almagro Nosete, José. *La Acción Popular*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, pág. 227 n.º de Justicia 1989.
- Benacloche Palao, Julio. «La Acusación Popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma». *Revista de Derecho Procesal* 2008.
- Fairén Guillén. El art. 125 de la Constitución: La Acción Popular y su fortalecimiento, pág. 606, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia-1989.
- Gimeno Sendra, Vicente. «La Acusación Popular». *Revista del Poder Judicial* n.º 31. Septiembre 1993, págs. 89 y 90.
- Gimeno Sendra, Vicente. *La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acción Popular. Los casos Botín y Atutxa*. La Ley n.º 6970 de 18 de Julio 2008.
- Oromí Vall-Llovera, Susana. *El ejercicio de la Acción Popular*, págs. 161 y ss. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2003.
- Memoria Fiscalía General del Estado del año 1999, págs. 405 a 409 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

La acción popular-la acusación particular

Fernando Grande-Marlaska Gómez

Magistrado-Juez. Juzgado Central de Instrucción n.º 3

I. Introducción. Origen histórico y regulación actual

La acción popular tiene su origen en el derecho romano, donde imperó el principio acusatorio puro, atribuyéndose al ciudadano la potestad de acusar (acción *quivis ex populo*). Dicha idea fue cediendo poco a poco ante la idea de como el ejercicio del derecho a penar constituye una misión fundamental de todo Estado, dando lugar al procedimiento inquisitivo que prevaleció en toda Europa a partir del s. XIV.

En el siglo XVIII, con el pensamiento racionalista de la Ilustración se propugna una nueva concepción del hombre y del Estado. La proclamación de los derechos fundamentales conlleva una vuelta al principio acusatorio, sin perjuicio de mantener el derecho del Estado a perseguir los delitos. Con la atribución de ambas funciones, perseguir y castigar, a órganos distintos, nace el sistema acusatorio formal o mixto.

Las soluciones que se han ido adoptando en relación al inicio del procedimiento han sido distintas como consecuencia de la tensión permanente entre el principio de monopolio del acusador del Ministerio Fiscal y el principio de la acción popular.

En España, la acción popular tiene sus antecedentes en la legislación liberal de las Cortes de Cádiz, y en la Constitución de 1812 se prevé en su art. 225, pero limitada a unos concretos delitos; así cohecho y prevaricación de jueces. Es, sin embargo, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 cuando se establece con carácter general y a favor de todos los ciudadanos, hayan sido o no perjudicados por el delito (arts. 101 y 270).

En la actualidad la acción popular viene reconocida en el art. 125 de nuestra Carta Magna, para todos los ciudadanos, que podrán ejercerla en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine. Asimismo el art. 19.1 LOPJ indica como los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley.

La institución de la acción popular no ha pasado, y menos en la actualidad, desapercibida, siendo denostada por parte de la doctrina, pero aplaudida por la mayoría como el instrumento más democrático para abrir el proceso penal.

Como hemos observado a lo largo de estos años, y más recientemente con las SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 21 de enero, los denominados, respectivamente como casos Botín y Atutxa, la acción popular, pese a su escasa utilización en la mayoría de las causas penales, sigue actual después de más de cien años, normalmente en procedimientos penales de enorme trascendencia social y política, lo que conlleva la oportunidad de ofrecer sus puntos más problemáticos.

Al analizar el devenir de la acción popular durante los últimos tiempos en España la doctrina advertía tres fases perfectamente diferenciadas. Una primera fase abolicionista, anterior a la promulgación de la Constitución, lo cual es muy propio de estados totalitarios; una segunda fase permisiva inaugurada por nuestra Carta Magna, y, una tercera, expansiva, en la que se experimenta un auge en su ejercicio. En la actualidad, bien podemos hablar de una cuarta fase de carácter marcadamente restrictivo.

II. Fundamentos de la acción popular

El delito presupone la puesta en peligro de intereses sociales tutelados por el estado. De conformidad al art. 124 CE al Ministerio Fiscal le corresponde promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Partiendo de ese extremo cabe preguntarse por qué atribuye la Constitución a todos los ciudadanos el *ius acusandi*. En un cierto ámbito doctrinal se fundamenta su vigencia en la vigilancia y control de la actuación del Ministerio Fiscal, cuya falta de actividad esta obligado a suplir, generando una falta de confianza en una institución del Estado, consecuencia de algunos de los principios que dirigen su actuación, cuales son el de unidad de actuación y dependencia jerárquica que consagra el art. 124.2 CE Sin embargo, en la actualidad, esa conclusión, no puede ser, a mi entender la base primera y principal que pueda justificar la acción popular, olvidando de esa manera el mayor rango de los principios de legalidad e imparcialidad.

Junto a esa razón, entiéndase control y complemento de la actuación del Ministerio Fiscal, y como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho, se viene considerando la acción popular, como de-

recho de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia, especialmente indicada para instar la protección de los denominados intereses difusos, así denominados por afectar a una generalidad de los ciudadanos, como por su mala regulación y deficiente protección.

III. Acción popular *versus* acción particular

Como ya se ha expuesto en el ordenamiento jurídico español el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal. Junto al acusador público, única parte acusadora necesaria, pueden, en su caso, intervenir, el acusador particular (perjudicado por el delito), el actor civil, el acusador privado, interviniente en los delitos privados, y el acusador popular.

Surgen dificultades, en mayor medida de lo aconsejable, a la hora de diferenciar de manera nítida la acusación popular y la acusación particular, muchas veces causada por la deficiente terminología utilizada por la LECrim, al utilizar de manera indistinta conceptos como el de querellante, acusador privado y acusador particular.

Tanto el acusador particular como el popular son, a diferencia del Ministerio Fiscal, partes privadas y contingentes. Esta similitud, por el contrario, no esconde importantes diferencias.

1. *La acción popular como derecho fundamental*

La acción particular se encuentra reconocida en la art. 24 CE como parte esencial del principio de tutela judicial efectiva, derecho fundamental con la protección recogida en el art. 53 CE. Por el contrario la acción popular viene reconocida en el art. 125 CE. Esta diferencia, no encontrándose la última dentro del Título I, permitiría concluir que no le sería de aplicación los mecanismos de protección específicos que para todo derecho fundamental prevé el art. 53. Sin embargo, gran parte de la doctrina viene a entender como la acción popular constituye un verdadero derecho fundamental integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.

El debate en ese sentido se inició en la doctrina del Tribunal Constitucional desde sus primeras actuaciones, destacando como es en STC 34/1994, 31 de marzo, cuando afirma tajantemente, que «la acción popular integra el contenido de la tutela judicial efectiva», que conlleva la definitiva reconducción del contenido del art. 125 de la CE al enunciado del art. 24.

En tal sentido la vulneración del derecho al ejercicio de la acción popular por parte de los tribunales ordinarios permite a su titular recurrir en amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En esos términos la STC 148/1993, dispone que la legitimación activa para recurrir en amparo resoluciones judiciales corresponde a toda persona natural o jurídica que habiendo sido parte en el proceso judicial precedente invoque un derecho legítimo. La legitimación activa no se otorga exclusivamente a la víctima o titular del derecho infringido, sino también a quien ostenta un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo, e incluso interés directo.

2. *La representación en el proceso. Art. 113 LECrim.*

El derecho a la acción popular debe ejercitarse de conformidad al art. 125 CE, en la forma que la ley determine, es decir, con arreglo a sus prescripciones. Así lo dispone el Tribunal Constitucional cuando mantiene que la tutela judicial efectiva ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador ha querido articular, al tratarse de un derecho de configuración legal. De esta forma, el legislador, sin conculcar el contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a la acción popular, ha introducido una serie de limitaciones respecto a la acusación particular, derivadas siempre del diferente interés que ambas acusaciones tienen en el proceso penal.

Una de las limitaciones es cómo la acusación popular no tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, no pudiendo solicitarla de oficio.

Otra de las limitaciones, pero en este caso predicable de ambas acusaciones, establecida en el art. 113 LECrim., es la de que siempre que sean dos o más personas las que ejerciten las acciones derivadas del delito, lo verificarán en un solo proceso y, si fuera posible, bajo la misma dirección y representación. En tal sentido, la discrecionalidad del Juez viene determinada por la posibilidad de la actuación unitaria (si fuera posible), y ese presupuesto jurídico indeterminado, según nuestro Tribunal Constitucional debe traducirse en algo más que la ausencia de incompatibilidad de defensas, por lo que será preciso, una suficiente convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal con la correlativa inutilidad en la reiteración de diligencias.

Esta exigencia de unidad en la postulación es predicable en mayor medida de la acusación popular que de la particular. En esos términos la STC 154/1997, de 28 de septiembre, tras recordar que una correcta aplicación del art. 113 LECrim., que no produzca merma en el derecho

de defensa, exige no sólo la mera ausencia de incompatibilidades entre las partes, sino una suficiente convergencia de intereses, e incluso de puntos de vista..., el mismo Constitucional viene a introducir un argumento referente a la especial naturaleza de las acusaciones populares: puesto que no concurre en ellas la condición de perjudicados u ofendidos por el delito, la convergencia de intereses y fines es evidente y estriba en que se haga e imparta justicia, es decir se trata de una finalidad de carácter genérico y no individualizado o singular.

De todos modos el propio Tribunal Constitucional no trata de concluir una aplicación correcta del art. 113 LECrim. en razón a la naturaleza de la acusación, y concluye manifestando cómo serán las concretas circunstancias que concurran en cada caso las que habrán de determinar su correcta interpretación y aplicación.

3. *Necesaria interposición de querrela*

El art. 270 LECrim., recoge la necesidad de interponer querrela como una de las cautelas con las que se acota el ejercicio de la acción popular, evitando abusos ilegítimos. Por el contrario para el acusador particular se prevé la posibilidad de personarse en un procedimiento por la vía del ofrecimiento de acciones (art. 109 LECrim.) o de la simple personación (art. 110 LECrim.).

De todos modos esta diferencia entre las citadas acusaciones desaparece en la práctica debido a una interpretación jurisprudencial que permite a la acusación popular la vía del personamiento del art. 110 LECrim. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo cómo el rechazo de la acusación popular basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio comporta la vulneración del derecho reconocido en el art. 24 CE, pero sin que esta doctrina deba justificar una interpretación, no ya extensiva, sino que contradiga, por lo menos, a mi entender la literalidad del art. 109 LECrim. De esta forma conviene recordar que la acción popular, entendida como derecho a obtener la tutela judicial efectiva, no es un derecho absoluto o incondicionado, sino de configuración legal y su ejercicio está condicionado a lo que digan las disposiciones legales.

4. *Personación extemporánea de la acusación popular*

En un principio podría parecer evidente que, aún cuando el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento, el procedimiento puede seguir

su cauce si existe alguna parte personada que mantenga la acusación (arts. 622, 78...). Y decimos que parecería evidente, al menos hasta fechas recientes, si no nos hubiéramos encontrado con resoluciones como las citadas al inicio y de las que haremos posteriormente, las necesarias referencias: SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre (Caso Botín y las cesiones de crédito) y 54/2008, de 21 de enero (Caso Atutxa).

Más discutible resulta la posibilidad de que el acusador popular pueda personarse en un procedimiento en curso, tras haber solicitado el M.F. el sobreseimiento, pudiendo brindar el apoyo legal el art. 642 LECrim., que faculta al tribunal, en esos supuestos, siempre que no se hubiere presentado en la causa querellante particular, «a que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal». La indicación de interesado, que no perjudicado u ofendido ha permitido a autores como Almagro considerar como tal al acusador popular en su función de control político que tiene el ejercicio de la acción popular respecto al ejercicio obligatorio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal. No obstante una aplicación sistemática del anterior precepto con el siguiente, art. 643, donde se habla en un momento de la forma de actuar caso de paradero desconocido del interesado, viene a concluir a la referencia única del perjudicado, deviniendo difícilmente factible tal contingencia del conjunto de ciudadanos españoles.

5. *La necesidad de constituir fianza*

De conformidad al art. 280 LECrim., de dicha obligación queda excluidos los ofendidos por el delito y sus herederos.

La razón no es otra que el de prevenir las posibles e hipotéticas responsabilidades que la querella genere, tanto garantizando las responsabilidades civiles en que pudiera incurrir el querellante mediante el desistimiento o abandono de la querella, y caso contrario el pago de las costas a que pudiera ser, en su caso, condenado.

Dicha diferencia tiene su justificación en el mayor riesgo razonable a querellas infundadas por parte de quien no ha sido perjudicado directo, Posteriormente habrá que concluir alguna reflexión en esos términos, y que late en la actual posición doctrinal de restricción a su actuación, tal y como hemos consignado previamente.

El Tribunal Constitucional ha declarado como la exigencia de fianza a la acusación popular no vulnera el principio de igualdad (STC 62/1983, de 11 de julio). Ni tampoco vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria (SSTC 113/84,

50/1998). Cuestión distinta es el *quantum* de la fianza, y su correspondencia con las posibilidades reales, impidiendo que se convierta en un obstáculo para el ejercicio del derecho. Si tradicionalmente la exigencia de fianzas desorbitadas abonaron la doctrina anteriormente expuesta, en la actualidad la tendencia parece más bien la contraria, y casi concluimos con una alegación por su parte interesando «fianzas simbólicas»; alegación, muchas veces admitida por nuestros propios Tribunales.

Incluso el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que «cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un procedimiento en curso (...) la necesidad de tal requisito no parece ser razonable».

6. *Ámbito subjetivo de la acción popular. La capacidad de las personas jurídicas*

Art. 102 LECrim, «no podrán ejercitar la acción popular:

- 1.º El que no goce de la plenitud de los derechos civiles.
- 2.º El que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo de delitos de denuncia falsa o querrela calumniosa.
- 3.º El Juez o Magistrado».

Aún cuando el art. 38 del Código Civil admite que las personas jurídicas ejerciten acciones civiles y criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución, la jurisprudencia venía negando a las personas jurídicas el ejercicio de la acción popular, basándose siempre en una interpretación estricta del término ciudadano a que se refiere el art. 101 LECrim. Sin embargo la STS 241/1992, de 21 de diciembre, admitió sin reparos la legitimación de las personas jurídicas para mostrarse parte en el proceso penal como acusación popular, considerando que «es obvio que la persona a la que se refiere el art. 24.1 CE, como titular de un derecho que comprende el de recabar la tutela judicial del derecho a acceder a la jurisdicción a través de la acción popular es tanto la persona física como la jurídica o colectiva y que, sólo a través de una interpretación restrictiva de la expresión ciudadano...»

Es cierto, y no cabe olvidarlo, cómo en España han venido surgiendo asociaciones para la defensa bien de los denominados intereses difusos (salud, ecología, cultura), bien de otros más concretos (víctimas del terrorismo), resultando innegable como existen algunas infracciones cuya persecución se conecta directamente con el objeto de ciertas entidades asociativas.

El problema, como, en todos los supuestos de interpretación extensiva de la ley basados siempre en términos de dar vigencia real a

los derechos fundamentales, surge cuando se entiende que cualquier persona jurídica puede actuar como acusación popular. Así, se admite la intervención en el proceso de las Corporaciones y Entes con personalidad jurídica distinta a la del Estado, como depositarias del mandato o representación de los ciudadanos cuyos intereses administran. Y es chocante, incluso desde un punto de vista estrictamente jurídico, cuando ya existe un órgano público, el Ministerio Fiscal, que tiene atribuida esa función de defensa de dichos intereses de la sociedad y de los ciudadanos.

Todo lo anterior conlleva que la acción popular se desvirtúa no ya sólo por partidos políticos, sino por ejecutivos y hasta legislativos autonómicos, que la utilizan con objetivos totalmente ajenos a la finalidad de la institución, como continuación de disputas políticas en los Juzgados.

7. Ámbito objetivo de la acción popular

Dentro de la división delitos públicos, semipúblicos y privados, excluidos los últimos incluso de la participación del Ministerio Fiscal, la única duda que pudiera surgir, no es otra que la relativa a los semipúblicos. Pero tampoco creo que sea muy discutible la imposibilidad de su personamiento en las causas relativas a los mismos ya que como expone Quintero, «no todos los hechos potencialmente delictivos deben ofrecer acción para perseguirlos a cualquier persona, pasando por encima del interés de los perjudicados». Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en sentencia 40/1994, de 15 de febrero al afirmar que «fuera de los supuestos de delitos semipúblicos y privados, en los que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad del delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal, en los demás delitos públicos subsiste, como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico la acción penal popular consagrada en el art. 125 CE.»

8. El ejercicio de la acción popular

La acción popular confiere el derecho a querellarse y a la continuación del proceso como parte acusadora. Sin perjuicio de que pueda existir en cualquier momento del ejercicio de la acción, mientras actúe debe hacerlo manteniendo tesis acusatorias concretas. A diferencia del Ministerio Fiscal, cuya función como defensor de la legalidad, sujeto al

principio de imparcialidad (art. 124 CE) le permite, se le exige cuando es procedente, mantener tesis absolutorias, la acción popular deviene únicamente acusación.

Si bien la teoría es diáfana, la realidad que ha podido materializarse, entre usos indebidos de la acción popular que están por debajo de las actuales tesis restrictivas de su alcance, es bien distinta. Así, y si bien es cierto que la acusación popular no puede presentar escritos de defensa, sí puede presentar calificaciones benévolas, puede instar la misma sólo en atención a algunos de los imputados, puede solicitar pruebas de carácter equívoco, que tiendan principalmente a la exculpación del acusado, etc. Para combatir dicha posibilidad, Almagro viene a sostener como la acusación popular tendría que ser, como mínimo, equivalente a la del Ministerio Fiscal, aún cuando no haya base legal que sustente dicha afirmación.

En tal sentido, el que la acción popular no se convierta en una rémora para la acusación va a depender del correcto control que de la misma efectúe el Instructor y posteriormente el órgano de enjuiciamiento; únicos capaces de poner freno a los distintos abusos que puedan cometerse.

A los fines de comprender la anterior afirmación conviene traer a colación la STC 50/1998, de 2 de marzo, rechazando el amparo solicitado por una Asociación integrada por marroquíes que se personó como acusación en un procedimiento penal en que los inculpados eran ciudadanos de esa misma nacionalidad. El amparo era interesado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consecuencia del importe de la fianza que se les había exigido. No obstante lo verdaderamente relevante en el supuesto no era el importe de la fianza, sino en el hecho de que el Juzgado de Instrucción, primero, y la Audiencia Provincial, después, de haber considerado sus fines espurios, se debería haber acordado su exclusión como parte.

9. *Sobre las SSTs 1045/2007, de 17 de diciembre (caso Botin) y 54/2008, de 21 de enero (caso Atutxa)*

A. CONSIDERACIONES GENERALES

Aún cuando no sea lo óptimo avanzar ningún tipo de conclusión a dichas resoluciones, como ya exponíamos, no podemos obviar como dentro de las fases de desarrollo de la acción popular, desde un punto de vista doctrinal, aquéllas pueden calificarse como la manifestación de la postura restrictiva en auge. Quizá, y como ya exponía-

mos algún ejemplo, la acción popular puede representar el paradigma de cómo un derecho constitucional es capaz de devenir un reproducible instrumento.

Como venimos manifestando, este es el principal dilema en torno a la acusación popular, cómo la utilización de un derecho puede devenir en su ejercicio abusivo, llegando a su desnaturalización, convirtiéndose en un perverso instrumento.

Sin olvidar que la acción penal popular es un derecho de configuración legal, de conformidad al art. 125 CE, ha sido la citada STS 1045/2007, la que ha llegado a concluir que las facultades del acusador popular, en aras al principio acusatorio, no son plenas, encontrándose restringidas en base a lo que pudiéramos exponer como discutible interpretación del art. 782.1 LECrim. Igualmente puede decirse cómo queda cuestionada la deseable igualdad de armas exigible en cualquier actuación procesal, aún cuando aquí se reside no entre la acusación y la defensa, sino entre los litisconsortes.

Debemos tener en cuenta cómo existen igualmente serias razones para prevenir los riesgos de determinadas acciones populares desprovistas de cualquier interés legítimo, o incluso de un más que dudoso interés, ejercidas por móviles que pueden ir desde la politización de asuntos hasta los meramente económicos, tal y como menciona la STS de 17 de noviembre de 2005, aludiendo a «ciertos usos instrumentales en el contexto de estrategias políticas y de otra índole que no por ello deben gravar la posición de quienes, haciendo un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico».

No nos debe extrañar, por tanto, que el proceso penal se contemple como un campo abonado para la actuación de un nuevo espécimen, los denominados «profesionales de la acción popular», guiados por un claro afán de notoriedad, o como vengadores de presuntos desmanes. Posibilidades que ya fueron advertidas, entre otros, por Gómez Orbaneja, para quien el ejercicio de la acción popular ha de sentirse antes que como un derecho, como un deber cívico.

Para garantizar los riesgos en el ejercicio de la acción popular, más que mostrar posturas reduccionistas a su ejercicio integral, deben instaurarse mecanismos procesales tendentes a concretar la seriedad de la acusación, pudiendo concluir cómo la exigencia de una fianza, tal y como hemos consignado, no deviene suficiente. A estos fines podemos traer a colación la STS de 22 de diciembre de 2002, que cuestiona no sólo la insuficiencia de la exigencia de una caución, sino el ejercicio mismo de la acción popular. Esta resolución viene a manifestar «lo cuestionable que resulta esta figura jurídica según está regulada y ad-

mitida por los tribunales de Justicia, pues basta el previo depósito de una cantidad, casi siempre simbólica, por irrisoria, para poder acceder a lo que califica como un proceso ajeno a sus propios intereses, sin necesidad de demostrar mínimamente también con carácter previo, las razones que guían al accionante». La misma sentencia concluye con una recomendación de reforma al legislador, estimando que «sería conveniente impedir el ejercicio perverso de la acción popular en cuanto los derechos deberán ejercitarse siempre conforme a las reglas de la buena fe, sin sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio».

En ese sentido como las prevenciones en relación a la acusación popular no son pocas, consecuencia de devenir una manifestación acusatoria, y en tal sentido susceptible de poner en marcha un mecanismo tan aflictivo como el proceso penal, y su consabido efecto estigmatizador sobre el imputado. Circunstancia ésta que a mi entender no debe permitir una dinámica reduccionista de dicho derecho constitucional.

Como ya veremos, la STS de 17 de diciembre de 2007, tal y como expone uno de sus votos particulares, sitúa al acusador popular en una parte con menores expectativas de actuación procesal que cuando la acusación viene ejercida por el Fiscal o por los ofendidos o perjudicados, a tenor de la merma de facultades para instar la apertura del plenario, circunstancia que le convierte en un convidado de piedra en el período intermedio.

B. COMENTARIOS A LA STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007, CASO BOTIN

a. Introducción

Conviene recordar en un principio que la citada resolución es consecuencia del recurso de casación interpuesto por la acusación popular (Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes y el partido político Iniciativa per Catalunya-Verds) contra auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, acordando el sobreseimiento libre, entendiendo, en aplicación literal del art. 782.1 LECrim., como no podía aperturarse el juicio oral constando petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Debemos recordar igualmente cómo los hechos imputados hacían referencia a una supuesta defraudación tributaria de entidad manifiesta, consecuencia de determinadas cesiones de crédito, admitiéndose el personamiento de las acusaciones populares en base al interés legítimo y personal. Tampoco es baladí recordar que la acusación particular venía configurada por una institución pública, la AEAT, representada por la Abogacía del Estado.

También hay que hacer referencia como en la causa, una vez concluida la fase de instrucción se dictó auto acordando seguir la misma por los trámites del Procedimiento Abreviado; resolución que fue recurrida y confirmada en grado de apelación. Lo anterior motivó la apertura del juicio oral a petición exclusiva de la acusación popular, resolución que como sabemos es irrecurrible excepto en lo relativo a la situación personal. Lo anterior determina cómo al inicio de las sesiones del juicio oral, y como cuestión previa, se planteará la nulidad del auto de apertura del juicio oral, de conformidad al art. 782.1 LECrim., no habiendo sido instado ni por el Ministerio Fiscal, ni por la acusación particular personada.

Antes de entrar a analizar la estructura jurídica de la mencionada resolución, no podemos obviar cómo no se ha realizado estudio cierto de la impugnación respecto al auto acordando seguir por los trámites del Procedimiento Abreviado. Resolución que, en modo alguno, puede considerarse baladí. Y decimos lo anterior, partiendo de los motivos de impugnación contra la misma: dilucidar si la instrucción se encuentra concluida o se precisan nuevas diligencias, así como si procede o no dictar auto de sobreseimiento de conformidad al art. 779.1 LECrim. Es decir se trata de la verdadera conjugación de la fase intermedia, articulando el pertinente juicio jurídico sobre la razonabilidad de la imputación. Es esta acepción de dicha resolución, así como la del alcance de los medios de impugnación contra la misma, lo que permitió no cuestionar constitucionalmente la irrecurribilidad del auto de apertura del juicio oral. Al desestimar la Sala de lo Penal el recurso de apelación contra el auto acordando seguir la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado venía a señalar la razonabilidad de la imputación, independientemente de quien sustentara la acción penal, en este caso la acusación popular.

b. Discurso jurídico obrante a la citada sentencia

Se parte de una realidad incuestionable cual es el que la acción popular se configura como un derecho constitucional, pero de configuración legal. Es decir, el legislador es competente para fijar su ejercicio, sus límites y los procedimientos en que pueda ejercitarse.

En ese sentido viene a afirmar que el auto de sobreseimiento libre dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en modo alguno implica un privilegio para los acusados al no permitir el enjuiciamiento a instancia única de la acusación popular, ni implica una vulneración del acceso a la jurisdicción, consecuencia de no devenir un derecho fundamental, no estando obligado nuestro legislador, por tal motivo, a reconocerlo en todo tipo de procesos.

El Tribunal Supremo, en dicha resolución, viene a establecer que el fundamento de la restricción legal se encuentra precisamente en la misma literalidad del art. 782.1 LECrim., redacción introducida por la Ley 38/2002. Asimismo explicita que se centra el *thema decidendi* de dicha resolución en la legitimidad constitucional de una interpretación, con arreglo a la cual, el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal o un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos supuestos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva.

A lo anteriormente indicado debo considerar que no fue el espíritu de la ley restringir el ejercicio de la acción popular. Entiendo que dicho ejercicio debemos considerarlo autónomo respecto al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, tal y como lo ha venido consignando el Tribunal Supremo, manifestando respecto a la acción popular que «queda fuera de toda duda que dicho ejercicio tanto por los perjudicados como para los que no lo son es autónomo y con plenitud de facultades, por tanto independiente del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Fiscal, si bien por lo que se refiere a la acción popular su condición en parte procesal queda supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 274 y 280 LECrim.—presentación de querrela y prestación de fianza—».

Y decimos que no fue el espíritu de la Ley 38/2002 limitar el ejercicio de la acción popular, consecuencia de cómo la propia LECrim., y en distinto articulado con el mismo alcance, no concluye una diferenciación entre acusación particular y popular, integrando a ambas, no sólo en el sumario, sino igualmente en el Procedimiento Abreviado (arts. 760,761, 780). Y por otro lado la enmienda a la que se hace referencia en la misma sentencia lo fue a su exposición de motivos, no modificándose la redacción del art. 782, limitándose a concluir, tal y como acontecía en el sumario, y caso de que el Ministerio Fiscal instase el sobreseimiento de ofreciera el procedimiento al perjudicado, entendiéndolo como tal al directamente ofendido. A mayor abundamiento no se entiende desde una lógica jurídica la limitación del ejercicio de la acción popular en base a la clase de procedimiento, recordemos que esa previsión legal del art. 782.1 de conformidad a la interpretación del Tribunal Supremo, no se concreta ni en el Sumario, ni en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Y no se entiende porque, salvo en este último, la regulación de uno u otro procedimiento no se concreta por la naturaleza del delito, ni de los bienes jurídicos objeto de protección, sino por la entidad de la pena.

En sentido contrario no podemos obviar la matización que respecto a la doctrina de esta sentencia han desarrollado las SSTs 54/2008, de 21 de enero de 2008 (Caso Atutxa), y 687/2008, de 8 de abril, donde se viene a colegir que sólo la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con la acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales supuestos dicen estas últimas sentencias, el Ministerio Fiscal cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la defensa del bien jurídico. Esta conclusión se obtiene, dice el mismo Tribunal Supremo, no ya del contenido literal del art. 782.1 LECrim., sino del significado mismo del proceso penal. Sigue reseñando que este se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida solo, y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal. Lo contrario sería otorgar la llave del proceso a una parte que, por definición, puede no estar presente en el mismo proceso, hecho inevitable cuando se trate de la persecución de delitos que afecten de modo especial a intereses supraindividuales. Tratándose por tanto de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, siguen manifestando las mismas resoluciones, es entendible que el criterio del Ministerio Fiscal pueda no ser compartido por cualquier persona física o jurídica que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tienen por qué monopolizar el Ministerio Público.

IV. Conclusión

Hemos de iniciar reiterado la relevancia del ejercicio de la acción popular como manifestación de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, así como el poder considerarlo más que como derecho, como deber cívico.

Partiendo de esa misma obviedad constitucional, así como de los mismos resultados positivos que ha representado en nuestra realidad judicial, no lo es menos que en otros casos ha representado trasladar los conflictos políticos a dicho ámbito, más allá de pretender actuar la

ley, bien conjugar intereses turbios, torticeros y ajenos a cualquier espíritu probo.

Lo anterior, y no estando de acuerdo, tal y como he consignado, con las tesis limitadoras de su ejercicio, expuestas en la STS 1045/2007, no puedo por menos que compartir el espíritu que subyace a las posteriores SSTS 54 y 687/08. Compartiendo el espíritu, pero entendiendo que debe ser el legislador, que no los órganos judiciales aún cuando sea el más Alto Tribunal, quienes deben proceder a una nueva regulación, nunca amparada en metainterpretaciones que generan confusión jurídica.

Entiendo que esa modificación podía ir dirigida a limitar el ejercicio de la acción popular a concretos delitos, a aquellos donde los bienes jurídicos protegidos, y por propia naturaleza, sean colectivos, pudiendo incluso entrar aquí el objeto de imputación en el supuesto jurídico de la STS 1045/2007.

Incluso, y limitado el ejercicio de la acción popular a dicha clase de delitos, bien pudiera exigirse en el ejercicio de la acción popular acreditar un interés real en la defensa del bien jurídico. Entiéndase caso de delitos ecológicos, asociación que promuevan el medio ambiente, etc. Y ello con el fin de que pudieran ejercitar la acción penal con carácter autónomo respecto al Ministerio Fiscal. Esto no implicaría una limitación a las personas físicas, o a otro tipo de asociaciones que no pudieran acreditar un interés directo. En estos últimos supuestos el ejercicio por su parte de la acusación popular pudiera considerarse legalmente, no autónomo, sino vicarial o dependiente del Ministerio Fiscal. Es decir, si este desistía de la acción penal, no podrían seguir ejercitándola. Esta diferenciación en el ejercicio de la acción popular, y a mi entender, nunca afectaría al principio de igualdad, partiendo de supuestos distintos en atención a su relación con el bien jurídico objeto e imputación en el delito de que se trate.

Finalmente, y al objeto de soslayar la judicialización de la política, entiendo que deberían limitarse las posibilidades de ejercicio de la acción popular por distintos organismos públicos, y partidos políticos, excepción de que se encuentren directamente afectados y como perjudicados directos.

La acusación popular y los crímenes de lesa humanidad cometidos en España

Joan E. Garcés

Abogado

Me complace participar en este merecido homenaje al profesor y magistrado D. José María Lidón, apenas un mes después de que, en conformidad con la Ley 52/2007, una ciudadana significara ante el Pleno del Tribunal Supremo (Sala del art. 61 de la LOPJ) que ningún acto de desagravio o reparación moral se ha ofrecido a los Magistrados del Alto Tribunal perseguidos en España en tiempos de paz, es decir a partir del 1 de abril de 1939, por su lealtad a la Constitución democrática. Me permito sumar su sacrificio personal al de D. José María Lidón:

- condenados a muerte y fusilados (3): D. Fernando Berenguer de las Cagigas; D. Francisco Javier Elola y Díaz Varela; D. Juan José González de la Calle;
- condenados a prisión y expulsados de la Magistratura (6): D. Agustín Aranda García de Castro (6 años y un día); D. Manuel Barroso Losada (6 años y un día); D. José González Llana y Fagoaga (6 años y un día); D. Diego Medina García, Presidente del Tribunal Supremo (7 años y un día); D. José M.^º Rodríguez de los Ríos (6 años y un día); D. Felipe Uribarri Mateos (12 años y un día);
- expulsados (12): D. Fernando Abarrategui Pontes, Presidente de la Sala Penal; D. José Antón Oneca, Magistrado de la Sala Penal, catedrático de Universidad; D. Mariano de Azcoiti y Sánchez Muñoz; Sr. de Paz Mateos; D. Salvador Díaz Berrio y López; Sr. Fentanes Portela; Sr. Fernández Clérigo; Sr. Fernández Orbeta; D. Juan García Romero de Tejada, Fiscal del Tribunal Supremo; Sr. Gil Tirado; Sr. Iglesias Portal; D. Antonio Ubierna Eusa, Fiscal del Tribunal Supremo;
- expulsados y exiliados (14): Sr. Álvarez Martín (Francia); Sr. Aragónés Champín (México); Sr. Balbontín Gutiérrez (Inglaterra y México); D. Demófilo de Buen, catedrático de Universidad (Méxi-

co); Sr. Enjuto Ferrán (Puerto Rico); D. Luis Fernández (México); D. Mariano Gómez González (Argentina); D. Mariano Granados Aguirre (México); D. Francisco López (Cuba y México); D. Eduardo Ortega y Gasset, Fiscal del Tribunal Supremo (Cuba y Venezuela); Sr. Pascual Leone (México); Sr. Pérez Jofre (México); Sr. Sentís Melendo (Francia); Sr. Terrer Fernández (Francia).

—Al Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, D. Alvaro de Albornoz y Limiana, se le impuso una multa de cien millones de pts. Una peseta de 1940 equivalía en el año 2000 a 130,77 pesetas¹; por lo tanto, la multa tenía un valor equivalente a 13.077 millones de pts. del año 2000, es decir 78,38 millones de euros. El Secretario del Tribunal Constitucional, D. Carlos Sanz Cid, Catedrático de Derecho Político desde 1927 y ex Rector de la Universidad de La Laguna, fue expulsado de su cátedra.

La destrucción de la Magistratura democrática formaba parte de una política sistemática y generalizada de acciones genocidas y crímenes contra la Humanidad que pueden sintetizarse en más de trescientas mil ejecuciones; más de ciento diez mil desapariciones identificadas en el Sumario N.º 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 (JC15); la privación de la libertad en campos de muerte, de concentración, de torturas, de trabajos forzados, confiscación de bienes y otras formas de represión de al menos tres millones cuatrocientas mil personas identificadas, según ha declarado el 1 de noviembre de 2008 el Director General del Libro, Archivos y Bibliotecas², en el Archivo Histórico Nacional de Alcalá de Henares; más de treinta mil niños sustraídos a sus padres biológicos y cuyas identidades continúan alteradas hasta hoy³; más de medio millón forzados al exilio. Dado que la población total de España no superaba a la sazón los 27 millones de personas, cabe estimar que las distintitas formas de represión sobre los partidarios de una forma representativa de gobierno afectaron a más del 50% de las familias españolas entre el 1 de abril de 1939 y el 20 de noviembre de 1975.

¹ Según el informe que el Banco España dirige a la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo, Sentencia de 10 noviembre 2003, RJ 2004\3150, FD 2.

² Entrevista en Nueva Tribuna, accesible en http://www.foroporlamemoria.info/noticia.php?id_noticia=5233.

³ Ver los Autos de 16 y 18 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (JC15) dictados en el Sumario N.º 53/2008, en http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain_20081016.pdf y (JUR 2008\366724, respectivamente, así como el voto particular de los Magistrados Clara Bayarri, José Ricardo de Prada y Ramón Sáez Valcárcel en el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (JUR 2009\47600).

I. Hay diferencias entre juristas ante los delitos de genocidio

En los crímenes de genocidio y lesa humanidad también participan activamente juristas. Baste citar al abogado Ernst Kaltenbrunner, condenado en Nüremberg a la horca por sus actos como alto responsable de los campos de exterminio nazis. O al profesor Karl Schmitt, presidente de la Asociación de juristas nacional-socialistas, teórico del «Führer Prinzip» (sumisión al Caudillo) y del asesinato extrajudicial como «máxima expresión del derecho administrativo» («*höchste Form administrativer Justiz*»). O al Ministro de Justicia Franz Schlegelberger, al Subsecretario de Justicia, Herbert Klemm, al Fiscal Jefe del Tribunal del Pueblo alemán, Oswald Rothaug, condenados por participar en una conspiración para cometer crímenes de lesa Humanidad contra civiles alemanes, en particular asesinatos por motivos políticos y torturas⁴. En la Sentencia de Franz SCHLEGELBERGER el Tribunal afirma: «(...) *La prostitución de un sistema judicial para lograr fines criminales implica un elemento de maldad hacia el Estado que no se encuentra en atrocidades manifiestas que no ensucian las togas de los jueces.*»

⁴ El texto completo se puede leer en: «Caso de los Magistrados»: Tribunal Militar III: Caso 3: Los Estados Unidos de América contra los acusados Josef Altstoetter (Director del Departamento Civil y Procesal del Ministerio de Justicia del Reich), Wilhelm von Ammon (Consejero del Departamento de Legislación Penal y Administración del Ministerio del Justicia del Reich), Paul Barnickel (Fiscal Jefe del Tribunal del Pueblo, Volksgerichtshof), Hermann Cuhorst (Presidente del Tribunal Especial de Colonia y de la Sección 1.ª de lo Penal del Tribunal del Distrito de Stuttgart), Karl Engert (Director del Dpto. de Administración Penal del Ministerio de Justicia del Reich), Guenther Joel (asesor jurídico para enjuiciamientos penales del Ministerio de Justicia del Reich; Fiscal Jefe de Westphalia en Hamm), Herbert Klemm (Subsecretario del Ministerio de Justicia del Reich), Ernst Lautz (Fiscal Jefe del Tribunal del Pueblo), Wolfgang Mettgenberg (Delegado del Dpto. de Legislación Criminal y Administración del Ministerio de Justicia del Reich), Guenther Nebelung (Presidente de la Sección 4.ª del Tribunal del Pueblo), Rudolf Oeschey (Presidente del Tribunal Especial de Nuremberg), Hans Petersen (Jueez de la Sección 1.ª del Tribunal del Pueblo), Oswald Rothaug (Fiscal Jefe del Tribunal del Pueblo), Curt Rothenberger (Secretario de Estado del Ministerio de Justicia del Reich, vicepresidente de la Academia de Derecho alemán), Franz Schlegelberger (Secretario de Estado y Ministro de Justicia en funciones del Reich) y Carl Westphal (Consejero del Dpto. de Legislación Penal y Administración del Ministerio de Justicia del Reich). El texto completo se encuentra en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*. Vol. 3: United States of America v. Josef Altstoettler, et al. (Case 3: «Justice Case»). District of Columbia: GPO, 1950. pp. 1-6. Editado por el Department of the Army (USA). Accession Number: AC_94X_11010. Fecha de publicación: PD_19500101. Government Document. Original en inglés. La Control Council Law N.º 10 disponía que el Tribunal debía considerar jurídicamente ineficaz y privada de validez cualquier inmunidad, perdón o amnistía concedida por el régimen nazi a los acusados de crímenes de lesa humanidad y de guerra.

Desde el 1 de abril de 1939 nadie en España ha sido sancionado por su participación en los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por los sublevados contra las instituciones constitucionales. Ningún fiscal ha formulado denuncia alguna, ningún juez los ha tratado de investigar antes del intento de 2008 del Juez Central de Instrucción No. 5 (JCI5).

La impunidad es absoluta, inclusive tras la entrada en vigor el 27 de julio de 1977 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC), cuyo artículo 15 permite enjuiciar y condenar a una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos «según el derecho nacional o internacional», o «según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Entre otros, los establecidos en el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Nüremberg (aprobados por la Asamblea General de las NNUU el 11 de diciembre de 1946), que en cuanto se refieren a crímenes de guerra remonta la plasmación de dichos principios al menos a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y en cuanto a los de lesa humanidad al menos al 23 de marzo de 1933.⁵

El PIDCP es vinculante para España. También la doctrina del TEDH, según el artículo 10.2 de la CE y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 24 de abril de 2006-RTC 2006\116, FD 5); 16 de diciembre de 1991, FD 3). En la sentencia del caso *Streletz* y otros ministros de la República Democrática de Alemania contra Alemania, el TEDH considera que

«es fácil imaginar un asunto ... en el que (...) altos magistrados (...) hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad. ¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito?»⁶

⁵ «(...) *En lo que respecta a crímenes contra la humanidad, no cabe duda alguna que en Alemania adversarios políticos fueron asesinados antes de la guerra, y que muchos de ellos fueron reclusos en campos de concentración en circunstancias de gran horror y crueldad. La política de terror fue ciertamente llevada a cabo a gran escala, y en muchos casos fue organizada y sistemática. La política de persecución, represión y asesinato de civiles en Alemania antes de la guerra de 1939, de quienes eran probablemente hostiles al Gobierno, fue llevada a cabo despiadadamente. La persecución de judíos durante el mismo período ha sido establecida más allá de toda duda.*» (...) El texto íntegro de la Sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg es accesible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp.

⁶ TEDH, Sentencia *Streletz* y otros c. *Alemania*, de 22 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez Zupančič (TEDH\2001\229), página 29.

«81. El Tribunal considera que es legítimo para un Estado de derecho llevar a cabo la persecución penal contra personas culpables de crímenes bajo un régimen anterior. De igual modo, no se podría reprochar a las jurisdicciones de tal Estado, sucesoras de las que existían anteriormente, que apliquen e interpreten las disposiciones legales existentes en la época en que se cometieron los hechos a la luz de los principios que rigen en un Estado de derecho. (...).

82. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente —párrafo 45 más arriba) (...).—

II. La ley 46/1977, de amnistía, no incluye los delitos de genocidio y lesa humanidad

En su artículo 1 esta ley dispone:

«I. Quedan amnistiados:

a. Todos los actos de *intencionalidad política*, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976.

b. Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c. Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

II. (...) La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior» (*cursiva nuestra*).

La Ley no establece ningún criterio legal para determinar cuáles son los *delitos de intencionalidad o de naturaleza política*. No los definía el Código penal, ni el de Justicia Militar ni el de la Marina de Guerra. Una sola norma diferenciaba los delitos políticos de los no políticos, a los solos efectos del distinto trato que deben recibir los presos políticos de

los comunes, y era la Ley de 15 de febrero de 1873, siguiendo la clasificación que se refiere al Código penal de 1870.

El Diputado aragonés señor Gómez De Las Rocas al fundamentar su voto en la sesión que aprobó la ley 46/1977 afirmaba: «*estamos ante un texto legal lleno de imprecisiones jurídicas. Me basta remitirme al artículo 1.º de este no estudiado proyecto de ley. Sencillamente, entiendo que **carece de los más elementales requisitos de toda tipificación penal**, y esto es algo que como legisladores no podemos nunca ignorar, este sentido, permítanme los señores Diputados que diga que **estamos trasladando a los Tribunales de Justicia una competencia que es de las Cámaras, o es del Gobierno, pero en modo alguno de los Tribunales de Justicia, la de crear la norma.***»

En efecto, en 1977 se consideraban delitos «*de intencionalidad política*» los cometidos contra la seguridad *interior* del Estado, es decir contra el Jefe del Estado, las Cortes, el Consejo de Ministros, la forma de Gobierno, el sentimiento nacional, la Autoridad y sus agentes, la religión católica, mediante la prensa, manifestaciones, asociaciones políticas, rebelión, sedición, blasfemias, desacatos, desórdenes públicos, propaganda, tenencia de armas y explosivos, terrorismo, etc. El RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977) afirma:

- exposición de motivos: «*(...): la citada ley [10/1976] establece un tratamiento diferenciado en cuanto al posible alcance de las medidas de gracia y al procedimiento mismo para otorgarlas, respecto de determinados **delitos contra la seguridad interior del estado**, reconociendo el enfoque primordialmente político con que en tales casos hay que verificar la valoración de la justicia, equidad o conveniencia pública que orienten los criterios para otorgar la gracia*
- Artículo primero. El Real Decreto-Ley diez/mil novecientos setenta y seis, de treinta de julio, se aplicara en sus términos a los delitos y faltas que resulten incluidos en su ámbito por la única y estricta eliminación del inciso «puesto en peligro», que figura en el apartado uno del artículo primero.
- Artículo segundo. Se consideraran en todo caso incluidos en el apartado uno del artículo primero del real decreto-ley diez/mil novecientos setenta y seis, de treinta julio, con los límites que resultan de su texto y del artículo precedente, los delitos comprendidos en el título II del libro II del Código penal, en el título IX del tratado II del Código de Justicia Militar y en el anexo incorporado al primero de dichos códigos por el Real Decreto-Ley tres/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero.»

En la fecha de octubre de 1977 en que se promulga la ley 46/1977 no admitían «*la intencionalidad política*» en crímenes de lesa humanidad, de guerra o de «terrorismo de Estado» ni el derecho convencional vigente en España —en particular el Convenio sobre la prevención y sanción del genocidio y el PIDCP— ni el derecho consuetudinario —los Principios del Estatuto y Tribunal de Nuremberg, aprobados por la Asamblea General de NNUU el 11 de diciembre de 1946.

La propia ley 46/1977 reenvía en su artículo 5 a todas las «*normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad*», como lo ha interpretado la jurisprudencia desde la STS de 18 de mayo de 1979 (RJ 1979\2182, Sala Social):

CDO. Que el art. 5 de la Ley de Amnistía de 15 octubre 1977 declara comprendidas en la misma «las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad», es decir, en normas de Derecho interno, o en *Tratados o Convenios Internacionales ratificados por España*, que también forman parte de nuestro Derecho interno a partir de su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, según dispone el art. 1-5 del C. Civ., que tuvieran vigencia en la fecha de promulgación de la Ley de Amnistía, *pues la finalidad esencial de esta Ley es la de dejar sin efecto las sanciones impuestas conforme a la legalidad vigente en la fecha en que lo fueron, pero que han perdido su ilegalidad por aplicación de disposiciones legales posteriores (...)* al promulgarse la Ley de Amnistía (...) España había ratificado y estaban en vigor, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, los dos concertados en Nueva York, y ratificados por España en 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis, nota) (*cursiva nuestra*).

En el caso relativo a delitos de genocidio y lesa humanidad impunes en España el JCI5 ha fundamentado los Autos de 16 y 18 de octubre de 2008 (Sumario N.º 53/2008)⁷ en el artículo 15 del PIDCP. De inmediato el Ministerio Fiscal los impugnaba afirmando que esos delitos en España estarían prescritos y amnistiados, en los términos siguientes:

Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la CE, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vi-

⁷ Nota 4 *supra*

gor. Esto es lo que constitucionalmente se llama retroactividad tácita o aplicación inmediata de las normas jurídicas, que aplicado al caso supondría la aplicación a un hecho jurídico —ilícito penal cometido no perseguido hasta la fecha y con posibles responsabilidades no extinguidas— de una consecuencia jurídica inmediata: la extinción de la responsabilidad penal una vez entrada en vigencia. Es decir, que aún en el supuesto de que se considerara el dato de la desaparición física de la persona como elemento que determinara la inexistencia de la extinción de la responsabilidad civil por prescripción, ello también implicaría la aplicabilidad de la ley de Amnistía a estos delitos, toda vez que precisamente, se encaminaba a acabar con las posibles responsabilidades pendientes en el momento de los hechos (*pág. 15-16*).

La interpretación que desde 2008 viene haciendo el Ministerio Fiscal de la Ley 46/1977, de amnistía (BOE 17-10-1977)⁸ es contraria a su literalidad y finalidad. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han interpretado y aplicado la Ley 46/1977 (BOE 4 agosto 1976) integrándola con el RDL 10/1976 y el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977). Para la jurisprudencia la Ley 46/1977 constituye un desarrollo de ambos Decretos-Leyes, cuyo objeto es, en lo sustancial, alzar las sanciones a quienes antes y después del 1 de abril de 1939 se opusieron al Movimiento Nacional, según explicita la Exposición de Motivos del RDL 10/1976 (BOE 4 agosto 1976):

(...) es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda [es decir, los del Ejército de la República española] (...). Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia

⁸ Sobre la ley española de amnistía se leerá con provecho la monografía coordinada por ESPUNY TOMAS (M.^º Jesús); PAZ TORRES (Olga): *30 años de la ley de amnistía (1977-2007)*, Barcelona, Univ. Autónoma de Barcelona, 2007, en particular las contribuciones de GARCIA ARAN (Mercedes): «Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977» (pp. 187-191); MOLINE (Carme): «La ley de amnistía de 1977: la reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después» (pp. 41-55); PEREZ FRANCESC (Joan Huís): «Amnistía, indulto e intencionalidad política», pp. 57-69; AGUILAR (Paloma): *Collective memory of the Spanish civil war: the case of the political amnesty in the Spanish transition to democracy*. Working Paper 1996/85, publicado en diciembre de 1996 por el Instituto Juan March. Sobre la normativa legal en España al aprobarse la ley de amnistía: LINDE PANIAGUA (Enrique): *Amnistía e indulto en España*. Madrid, Ed. Túcar, 1976, pp. 81 a 111.

fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente.

«*A partir de la década de los cuarenta*»...se refiere a indultos concedidos a quienes fueron condenados por actos de resistencia al Movimiento Nacional, pues todos los partidarios de éste habían sido amnistiados por el Decreto de 23 de septiembre de 1939. Después de esta fecha, el Movimiento Nacional no acusó a sus propios partidarios de haber cometido delito ni antes de ni durante la Dictadura, mientras que no concedió amnistía a quienes se opusieron a ésta.

¿Cabía interpretar que la amnistía del DL 10/1976 comprendía los delitos de naturaleza genocida y contra la humanidad impunes? La respuesta de la Fiscalía General del Estado fue que ni la Exposición de Motivos ni su artículo 1 incluyen entre *los delitos y faltas de intencionalidad política* aquellos «*que por su carácter atroz no pueden ni deben ser dados al olvido*» (Circular N.º 3/1976, de 13 de julio de 1976, para aplicación DL 10/1976, pág. 227).

En esta Circular el Fiscal General contrapone «*delitos comunes*» a «*delitos políticos*», y en cuanto a la existencia o no de «*intencionalidad política*» instruye a los fiscales «*que los Tribunales habrán que determinar si concurre ese elemento subjetivo en la motivación y finalidad de la infracción a efectos de la amnistía (...). A título de orientación, habrá que presumirse “la intencionalidad política”, salvo que la excluya la naturaleza específica de la infracción, en los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal —contra la Seguridad Exterior del Estado— y en el Título II del mismo Libro —contra la Seguridad Interior del Estado...*» (subrayado nuestro).

Entre los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado se hallaba el de genocidio (art. 137 bis), cuya naturaleza específica excluye la intencionalidad política (arts. 1 a 5 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio).

El RDL 10/1976 es desarrollado en el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), que extiende la amnistía a los delitos que han afectado a la vida e integridad de las personas, en el sentido que enmarca la Exposición de motivos y el artículo 2: «*delitos de enfoque primordialmente políticos ... determinados delitos contra la Seguridad Interior del Estado*», en particular «*los delitos comprendidos en el Título II del Libro II del Código Penal...*», que no incluye el genocidio.

La STC (Pleno) de 9 junio de 1986 (RTC 1986\76, FJ 2) «*deduce la extensión objetiva*» de la amnistía de la Ley 46/1977 «*de las normas*

que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, que abarca a 'todos los delitos y faltas de intencionalidad política (...)» (FJ 2). En igual sentido se había manifestado la Circular de la Fiscalía General del Estado de 20 de octubre de 1977, sobre aplicación de la Ley 46/1977, la que para interpretar el ámbito objetivo de los delitos de «intencionalidad política» remite a los criterios expuestos en su anterior Circular de 13-08-1976 (págs. 152-153).

No existe Sentencia alguna del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo en sentido diferente.

La única Sentencia relevante de la Sala Penal del Tribunal Supremo sobre la ley 46/1977 es la de 20 enero de 1986 (RJ 1986\157), según la cual no cabe aplicar la amnistía a los delitos continuados o permanentes que se han iniciado antes de la promulgación de la ley (FJ 2.º).

El Tribunal Constitucional en Sentencia (Pleno) de 25 noviembre de 1986 (RTC 1986\147), sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada por diversas magistraturas de trabajo, ha interpretado que la ley de amnistía como

FJ 2: «(...) una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983) (RTC 1983\63), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa —en sentido amplio— que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común. En unos casos —normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público—, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina «derogación retroactiva de normas», haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo (...) la amnistía no es un fenómeno lineal, que pueda resolverse en una serie de principios y técnicas unitarios, sino un fenómeno complejo, aunque se reconduzca al ejercicio de una facultad estatal, en la que halla su explicación unitaria.

FJ 4: () la concesión de una amnistía implica un juicio crítico sobre toda una etapa histórica, eliminando los efectos negativos de cierto tipo de leyes emanadas durante su transcurso, lo cierto es que los actos que pretenden ser suprimidos mediante la amnistía primero, y mediante la prolongación de sus efectos después, eran lícitos cuando se realizaron, la ley los amparaba y así lo manifestaron los

Tribunales de Justicia cuando les tocó valorar su legitimidad. El reproche que pudo hacerseles —que contrariaban derechos del hombre generalmente admitidos en el ordenamiento internacional, y hoy en el interno español— tiene su causa directa en la ley que los permitió» (subrayado nuestro);

y en la Sentencia de 3 diciembre de 1993 (RTC 1993\361):

FJ 2: «(...) la lógica o razón de ser de la amnistía [es] de alcance necesariamente universal, para todos cuantos padecieron condena penal o sanción por los hechos a los que se refiere la Ley 46/1977 (...).

FJ 3: «(...) La plena reintegración a la vida civil y laboral de quien padeció prisión por motivos políticos durante el régimen anterior sólo alcanzó su plenitud con la recuperación de las libertades y la legislación de amnistía, normativa esta que, al eliminar los efectos jurídicos de las penas impuestas (arts. 6, 7 y 8 de la Ley 46/1977), situó ya a quienes las sufrieron en condiciones de reincorporarse, en plenitud de derechos y con normalidad, a la actividad laboral y profesional...» (subrayado nuestro).

En la explicación del voto durante la sesión del Congreso de los Diputados de 14 de octubre de 1977⁹ se abstuvo el grupo más identificado con el Movimiento Nacional (Alianza Popular) «*porque una democracia responsable no puede estar amnistiando continuamente a sus propios destructores*» (Diputado Sr. Carro, pág. 959), entre los que obviamente no incluían a los partidarios del Movimiento Nacional y su dictadura.

El Partido Comunista y el PSUC precisaron que «*durante largos años sólo los comunistas nos batíamos por la amnistía. Hay que decir, y yo lo recuerdo, que en las reuniones de la Junta Democrática y de la Plataforma de Convergencia, sobre todo en las primeras, se borraba la palabra "amnistía"; se buscaba otra palabra porque aquella expresaba de alguna manera —se decía— algo que los comunistas habíamos hecho, algo que se identificaba en cierta medida con los comunistas*» (Diputado Sr. Camacho, pág. 960). Para este grupo el objeto de la amnistía era alzar los castigos impuestos por el Movimiento Nacional, y mencionaba a modo de ejemplo las penas de cárcel a Horacio Fernández Inguanzu (20 años y un día), a Simón Sánchez Montero y a otros.

Para el grupo Socialistes de Catalunya «*la amnistía líquida lo que ha sido considerado delito político por el anterior régimen*» (pág. 964).

⁹ Accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1977_024.PDF

Para el grupo PSOE la amnistía reivindica a «*todos aquellos [cuyas] vidas quedaron truncadas en el camino y en la espera de una libertad ansiada que no llegaron jamás a ver, como es el caso de nuestro insigne compañero Jiménez de Asúa (...); [a] quienes han sufrido en este país persecución por sus ideas y convicciones, para quienes han sufrido cárcel, ignominias, tortura, desprecios, vilezas y no desmayaron ni un instante en la defensa de la libertad; [a] los miles de hombres y de mujeres que han vivido día a día en el exilio (...)*» (pág. 965).

Para el diputado vasco Sr. Letamendía, de Euskadiko-Ezquerria, esta ley de amnistía «*es un perdón vergonzante de personas a quienes se sigue considerando delincuentes comunes ... [que han] utilizado todos los medios que tenía a su alcance para defenderse de la agresión de la dictadura*», y se abstiene (pág. 970).

El grupo gubernamental de la Unión de Centro Democrático (Diputado Sr. Arias-Salgado, p. 973) afirmaba que esta ley obedece «*al propósito de otros grupos políticos*» distintos al suyo —es decir, los que proceden de sectores opositores al Movimiento Nacional.

Por consiguiente, no entra en conflicto con la ley 46/1977 investigar y enjuiciar delitos que no son objeto de la misma, en particular los de genocidio, lesa humanidad y conexos cometidos desde las instituciones del Estado o con la complicidad de sus autoridades.

A mayor abundamiento, en conformidad con los artículos 10.2, 9.3, 14, 24 y 96.1 de la Constitución, la Ley de Amnistía debiera interpretarse, en todo caso, en conformidad con el art. 15.2 del PIDCP de 1966 (art. 7.2 del CEDH) en cuanto a los acciones y omisiones que, en el momento de su comisión, constituían delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. A estos últimos no cabe, pues, aplicar la amnistía, como nos recuerda el caso de Paul Touvier, beneficiado en Francia tanto de la prescripción como de la amnistía de algunos delitos cometidos entre 1940 y 1944 contra adversarios del fascismo. Ello no fue óbice para que el 20 de abril de 1994 fuera condenado a cadena perpetua por otro delito, éste de lesa humanidad. En la Decisión de 13 de enero de 1997 la Comisión Europea de DDHH inadmitió el recurso de Touvier.¹⁰

¹⁰ Accesible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=touvier&sessionid=54949311&skin=hudoc-fr>

III. Los delitos de lesa humanidad no prescriben

Vamos a considerar a continuación, de modo muy somero, que según doctrina reiterada del TEDH no contradice el principio de legalidad penal enjuiciar actualmente como genocidio y delitos de lesa humanidad hechos cometidos antes de la incorporación al Código Penal de estos tipos, o de su imprescriptibilidad o de la entrada en vigor del CEDH.

Esta doctrina considera imprescriptibles los crímenes contra la Humanidad. Así, el TEDH ha estudiado en los recursos contra Estonia acumulados números 23052/04, de August KOLK, y 24018/04, de Petr KISLYIY, la aplicación de la legislación penal vigente en Estonia en 2003 a un delito de lesa humanidad cometido en 1949 —cuando ni la legislación penal tipificaba el delito contra la humanidad, ni existía Estonia como Estado independiente ni tampoco el CEDH; es el 21 de octubre de 1991 cuando Estonia ha ratificado el Convenio sobre la no prescripción de los crímenes de guerra y contra la humanidad, y ha incorporado a su Código Penal el 9 de diciembre de 1994 la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad.¹¹ Al desestimar ambos recursos en la resolución de 17 de enero de 2006 (página 9) el TEDH ha recordado que

«responsability for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War. In this context the Court would emphasise that it is expressly stated in Article I (b) of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity that no statutory limitations shall apply to crimes against humanity, irrespective of the date of their commission and whether committed in time of war or in time of peace. After accession to the above Convention, the Republic of Estonia became bound to implement the said principles»,

así como que el párrafo 2 del artículo 7 del CEDH (equivalente al artículo 15.2 del PIDCP)

«prevé expresamente que no se opone al juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, era delictiva según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, como ocurre con el crimen contra la humanidad, cuya imprescriptibilidad ha sido consagrada por

¹¹ En España los delitos y penas de lesa humanidad, genocidio y guerra no prescriben, arts 131.4 y 133.2 del C. Penal.

el estatuto del Tribunal de Nüremberg (Papon c. France (no 2) (dic.), no 54210/00, CEDH 2001-XII, y Touvier c. France, no 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e informes 88-A, p. 148)»;

sin perjuicio de que

«por lo demás, los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que fueron cometidos.»

En la Sentencia del caso *Kononov c. Letonia*, de 24 de julio de 2008¹², el TEDH estudia hechos ocurridos en *mayo de 1944*. Cuarenta y seis años después, en mayo de 1990, Letonia adhirió al CEDH. En juicio celebrado el 30 de abril de 2004 el Tribunal condenó al autor de los hechos de 1944 en virtud de lo dispuesto en una enmienda de 6 de abril de 1993 al Código Penal lituano de 1961. El TEDH considera esta condena conforme con el art. 7 del CEDH al ser la enmienda de 1993 conforme con los principios establecidos en normas y precedentes de derecho internacional consuetudinario y convencional aplicables también a crímenes de lesa humanidad, entre otros en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, en el Estatuto de agosto de 1945 del Tribunal de Nüremberg y su Sentencia de 1946; en el Estatuto del Tribunal de Tokio de 1946 y su Sentencia de 1948; en los «Principios de Nüremberg» aprobados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional; en el Convenio de las NNUU de 26 de noviembre de 1968 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968; en el Convenio europeo de 1974 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad.

La Sentencia *Kononov* aplica, pues, principios y normas de derecho internacional consuetudinario, vigentes también en España antes y después del 17 de julio de 1936, a la sanción de actos no tipificados en el código penal interno, y considera imprescriptibles los delitos identificados en el artículo 1 del Convenio de NNUU sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26-11-1968, que dispone:

«Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las

¹² En <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbk&action=html&highlight=kononov&sessionId=54156619&skin=hudoc-fr>

«*infracciones graves*» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.»

La Sentencia, tras constatar que

- el art. 6.c) del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, de 1945, reconoce los crímenes contra la humanidad cometidos antes o después de la II Guerra Mundial
- la validez universal de los principios sobre imprescriptibilidad de estos crímenes ha sido *después* confirmada, entre otras, en la resolución 95 de la AG de la ONU (11.12.1946), y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional,
- concluye:

«146. (...) *En consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede ser limitada sólo a nacionales de algunos países y sólo a actos cometidos dentro de un período temporal de la Segunda Guerra Mundial (...). El Tribunal reitera que el artículo 7.2 del Convenio expresamente dispone que este Artículo no debe evitar el juicio y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el tiempo en que fue cometido, era criminal según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es así en cuanto a los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales la norma de que no prescriben fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg (ver Papon c. Francia (no. 2) dic.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, y Touvier c. France, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports 88-B, p. 161)».*

- considera imprescriptibles los delitos identificados en el artículo 1 del Convenio de NNUU sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26-11-1968.¹³

¹³ En Sentencia de 17 de mayo de 2010 la Gran Sala del TEDH ha confirmado la Sentencia de 24 de julio de 2008 del caso Kononov (NdE).

IV. Los crímenes de lesa humanidad no son amnistiables

En la Decisión *Ould Dah c. Francia*, de 17 de marzo de 2009¹⁴, el TEDH al estudiar una ley de amnistía reitera la incompatibilidad entre ésta y los delitos objeto del artículo 7.2 del CEDH cuando concurren crímenes contra la Humanidad (en la especie, torturas):

«El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado en 1994, en su comentario general n.º 20 sobre el artículo 7 del Pacto Internacional, haber advertido que algunos Estados habían concedido una amnistía por actos de tortura, al tiempo que precisaba: “la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar tales actos; de garantizar la protección contra tales actos en su jurisdicción; de velar para que no se reproduzcan en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a un recurso útil, incluido el derecho a una indemnización y a una reparación lo más completa posible”.

Al igual que el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas y el TPIY, [el TEDH] considera que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar tales actos. (...) Obligado es constatar que en la especie la ley de amnistía mauritana ha sido aplicada no después del enjuiciamiento y condena del recurrente sino precisamente para impedir toda persecución penal contra el mismo. (...)

No cabe cuestionar por tanto la obligación de perseguir tales hechos concediendo la impunidad a su autor mediante la adopción de una ley de amnistía susceptible de ser calificada de abusiva respecto del derecho internacional» (pág. 17, subrayado nuestro).

Sin embargo, en su citado escrito de 20 de octubre de 2008 el Ministerio Fiscal ha instado la nulidad del Auto de 16-10-2008 del JCI n.º 5 (por el irregular cauce del artículo 23 de la LECrim., pues no se daba la premisa de éste, un conflicto de competencia) en base a no aplicar los artículos 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH a los crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas y otros delitos objeto del Sumario N.º 53/2008 (págs. 13 a 35 del escrito del Sr. Fiscal).

Ante el recurso de súplica y subsidiario de casación interpuesto por las acusaciones popular y particular contra el Auto de 2-12-2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que acogió el recurso del Fiscal,

¹⁴ Accesible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Ould%20%20Dah&sessionid=54156619&skin=hudoc-fr>

éste reitera su oposición a la aplicación de los artículos 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP y de la doctrina del TEDH:

«el Fiscal sostiene que los hechos denunciados no son perseguibles en la actualidad, por su falta de tipificación legal y/o haber prescrito y/o estar afectados por la Ley de Amnistía» (pág. 6); «los delitos así cometidos estarán prescritos. A mayor abundamiento ha de recordarse que las responsabilidades a las que nos venimos refiriendo, estarían extinguidas por amnistía según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 46/1977 de 15 de octubre».¹⁵

En contraste, en el caso K.- H.W. c. Alemania la Sentencia de 22 de marzo de 2001¹⁶ estudia la condena en 1993 por un Tribunal de la República Federal de Alemania a un soldado de la República Democrática Alemana que en 1972, cumpliendo órdenes de su gobierno, disparó y mató a dos ciudadanos cuando trataban de saltar el muro de Berlín. La Sentencia considera que la ley vigente en 1972 —durante el régimen que no había ratificado el CEDH— anterior debe ser interpretada en 1993 según éste Convenio y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo:

«45. (...) La garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del derecho, ocupa un lugar prominente en el sistema de protección de la Convención, como lo demuestra el hecho de que el artículo 15 no autoriza derogación alguna en tiempos de guerra o de otro peligro público. (...)

*82. Además, **el hecho de que el recurrente no ha sido inquietado [durante el régimen de Dictadura], sino que no ha sido demandado y después condenado (...)** [más que] por las jurisdicciones alemanas después de la reunificación en base a las disposiciones legales aplicables en la RDA en la época de los hechos, de ninguna manera significa que sus acciones no constituirían una infracción según la ley de la RDA.*

*83. **En este sentido, el Tribunal señala que el problema al que Alemania ha sido confrontada después de la unificación en cuanto a la actitud a adoptar con respecto a personas que cometieron delitos bajo un régimen anterior, se ha planteado igualmente a cierto número de otros Estados que han experimentado una transición a un gobierno democrático.***

¹⁵ Pág. 8 del escrito de fecha 31 de julio de 2009 que el Fiscal ha dirigido a la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (Rº de queja: 5/20150/2009).

¹⁶ TEDH 2001\230, accesible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=K.-H.W.&sessionId=54095209&skin=hudoc-fr>

64. El Tribunal considera que es legítimo para un Estado de derecho llevar a cabo la persecución penal contra personas culpables de crímenes bajo un régimen anterior. De igual modo, no se podría reprochar a las jurisdicciones de tal Estado, sucesoras de las que existían anteriormente, que apliquen e interpreten las disposiciones legales existentes en la época en que se cometieron los hechos a la luz de los principios que rigen en un Estado de derecho.

85. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente —párrafo 45 más arriba). (...).

7. Además, dado el lugar primordial que ocupa el derecho a la vida en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (párrafos 94, 95 y 96 más abajo), entre ellos la propia Convención, que lo garantiza en su artículo 2, el Tribunal estima que la interpretación estricta de la legislación de la RDA por las jurisdicciones alemanas en este caso ha sido coherente con el artículo 7 § 1 de la Convención».

En su opinión concordante el Juez Loucaides agrega:

«hay crimen de lesa humanidad cuando hay asesinato cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil siguiendo una determinada política. Esta noción no puede, en mi opinión, ser interpretada como significando que para que un individuo pueda ser juzgado responsable de ese crimen deba haber cometido numerosos asesinatos contra personas pertenecientes a la población civil de que se trate, o que él mismo haya tomado la iniciativa, o ser directamente responsable del comportamiento sistemático u organizado que llevó a la comisión de asesinato.

Creo que la interpretación razonable de la noción de crimen contra la humanidad, tal como ha sido establecida en el derecho internacional consuetudinario, es que el crimen puede resultar de todo acto individual de asesinato de un miembro de la población civil en cuanto que tal acto se inscribe en un sistema organizado de comportamiento dirigido a la eliminación indiscriminada de miembros de la población civil siguiendo una determinada política. De hecho, no se puede concluir razonablemente que se ha cometido un crimen de lesa humanidad sino cuando uno se encuentra ante una serie de asesinatos individuales cometidos por personas que sistemáticamente ponen en

práctica la política inhumana referida. En consecuencia, toda persona que a sabiendas mata a un miembro de la población civil en el marco de un plan general debe ser considerada responsable del crimen. Una interpretación contraria a ésta conduciría al resultado absurdo de que sólo los organizadores de los asesinatos en masa podrían ser considerados responsables de crímenes contra la humanidad, con exclusión de los individuos que, al realizar actos individuales de asesinato, ejecutaron a sabiendas el plan en cuestión.

Mi interpretación se apoya en un enfoque similar adoptada en el reciente caso Tadić por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Éste, en efecto, se expresa allí así: «Es muy evidente que un solo acto cometido por un autor en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil compromete la responsabilidad penal individual y un autor individual no necesita cometer muchos crímenes para ser tenido por responsable. (...) Incluso un acto aislado puede constituir un crimen contra la humanidad si es el producto de un régimen basado en el terror o la persecución.»

Este enfoque encuentra un apoyo suplementario en la declaración siguiente, formulada por el Tribunal en la decisión Hospital de Vukovar (artículo 61) citada por la Sala de Apelaciones en el caso Tadić: “(...) en la medida que presenta un vínculo con el ataque generalizado o sistemático contra la población civil, un acto único podría reunir las condiciones de un crimen contra la humanidad. Por este hecho, un individuo que comete un crimen contra una sola víctima o un número limitado de víctimas puede ser declarado culpable de un crimen de lesa humanidad si sus actos forman parte del contexto específico antes señalado”. (...)»

Y en su Opinión el Juez Pellonpää señala:

«Queda por determinar si el acto del recurrente era, sin embargo «delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas», en el sentido del apartado 2 del artículo 7, o si constituía, por otros motivos, una violación del derecho internacional (párrafo 1).

Tengo que reconocer que podemos encontrar argumentos para apoyar la tesis según la cual, incluso en los años 70, una política de cierre de las fronteras de un Estado constituía un crimen contra la humanidad según los principios de Nuremberg tal como se habían desarrollado a lo largo de los años¹⁷. Semejante política podría considerarse como una violación masiva y sistemática de los derechos humanos en el sentido de los principios de Nuremberg. Así, se puede

¹⁷ Remite a este respecto a la opinión separada del Sr. Loucaides en el caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania.

sostener que habría sido posible justificar también por referencia al párrafo 2 del artículo 7 la condena de los responsables de esta política».

En el citado caso *Streletz y otros c. Alemania*, la Sentencia de 22 de marzo de 2001 (TEDH 2001\229)¹⁸ la Sentencia afirma que el artículo 7.2 del CEDH

*«constituye una excepción al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» (...) [al] principio de legalidad («Legalitätsprinzip») (...) Como el teórico jurista alemán von Ihering subrayó justamente, el Estado de derecho reposa en la significación **formal** de las reacciones jurídicas. Si se quiere proteger el Estado de derecho, esta significación objetiva debe permanecer independiente y estrictamente separada, en último análisis, de cualquier interpretación subjetiva y arbitraria, por muy generalizada que dicha interpretación pueda estar en el contexto de una «práctica del Estado» dada. Esto es todavía más cierto si esta interpretación arbitraria reinante del «Derecho en (in)acción» que contradice el Derecho escrito es el resultado de una confabulación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado»¹⁹;*

En su voto concurrente el Juez LEVITS *precisa*:

«6 (...) los mismos textos jurídicos (la Constitución (...)) o el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos) conducen a resultados diferentes según que sean aplicados siguiendo uno u otro método del derecho propio del orden político contemplado.

7 Esto nos lleva a la cuestión de saber si, tras un cambio a través del cual un orden político (...) pasa a ser democrático, es legítimo aplicar «el antiguo» Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo.

8 *Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. **Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus instituciones a aplicar el Derecho —incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático— de una manera inherente al orden político democrático** (en el sentido en el que esta noción es comprendida en las democracias tradicionales). El recurso a cualquier otro método de aplicación del Derecho (implicando que se llegue a resultados diferentes a partir de los*

¹⁸ Accesible en http://www.menschenrechte.ac.at/orig/01_2/Streletz.pdf.

¹⁹ TEDH, Sentencia *Streletz y otros c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez ZUPANČIĆ (TEDH\2001\229). Ver en igual sentido el punto 81 de la misma Sentencia; el caso *K-HW* (2001) 36 E.C.H.R. 59 ECtHR en [83]; el voto particular del mismo Juez en el caso *Zdanoka* (2006) 45 E.C.H.R. 17 ECtHR; el caso *Custers* (2007) 47 E.C.H.R. 28 ECtHR en [85]-[86].

mismos textos jurídicos) atentaría contra la sustancia misma del orden público de un Estado democrático.

9 Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional, como las del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. El Pacto fue firmado y ratificado por la mayoría de los Estados del mundo —democráticos y no democráticos (incluida la ex-RDA)—. Un Estado democrático únicamente puede interpretar y aplicar este instrumento (y otras normas jurídicas internacionales) siguiendo los métodos de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático. En este caso, es lo que hicieron los tribunales alemanes (véase Sentencia del Tribunal Constitucional federal citada en el apartado 22 de la sentencia).

10 En consecuencia, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales siguiendo los métodos propios de los regímenes (...) no democráticos (con resultados intolerables para un sistema democrático) deben ser consideradas erróneas, desde el punto de vista de un sistema democrático. Esto es válido tanto para una apreciación «ex post facto» de la práctica jurídica que estaba en curso bajo un régimen no democrático anterior (como en este caso, pero el problema puede plantearse evidentemente en otras nuevas democracias), como para la apreciación de la práctica jurídica actual (por ejemplo, en lo que se refiere al Pacto) en vigor en un régimen no democrático actual. Esta práctica debe ser contemplada como una desviación del Derecho. Una vez realizada la transición hacia un orden político democrático, las personas responsables no podrían justificar su comportamiento atrincherándose detrás de la manera «específica» en la que el Derecho es interpretado en los regímenes no democráticos.

*11 En mi opinión, ésta es una conclusión obligatoria resultante del carácter universal de los derechos humanos y de los valores democráticos, que se imponen a todas las instituciones democráticas. **Por lo menos desde la época del proceso de Nuremberg, esta concepción del orden democrático es bien comprendida en el mundo y por lo tanto previsible para todos.***

12 Lo que atestiguan igualmente, me parece, las conclusiones de la presente sentencia».

En el caso *Zdanoka c. Letonia* un voto particular de la Sentencia de 16 de marzo de 2006 (JUR 2006\114015)²⁰ estudia la doctrina del TEDH sobre la transición de un régimen político no democrático a otro democrático:

²⁰ En <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Zdanoka&sessionId=54095426&skin=hudoc-en>

«(...) El travestismo operado por antiguos opresores que después se identifican con y profitan de la democracia y del estado de derecho (...) [está] demostrado en varios asuntos de los que ha conocido el Tribunal.²¹(...) Revindican de manera desvergonzada los mismos derechos fundamentales que toda su vida han negado a los otros, y a menudo violado a sangre fría de la manera más brutal. (...)

En derecho internacional, el proceso de Nuremberg es una ilustración histórica de la manera como el estado de derecho responde a la barbarie, del que el poder de la lógica jurídica prevalece *ex post facto* sobre la lógica hobbesiana del poder. Resulta claramente del ya citado caso *Streletz, Kessler y Krenz* que, por razones más restrictivas, la práctica sistemática de la impunidad, a pesar de la existencia puramente formal de normas punitivas precisas que van en sentido opuesto, no puede justificar después del hecho un medio de defensa activo que se basa en un error de derecho excusable. Una vez restablecido el estado de derecho, se aplica la norma positiva, incluso si estaba latente antes. (...) Este caso [*Streletz, Kessler y Krenz*] prueba que la norma punitiva, incluso si está durmiendo y es objeto de una denegación selectiva y sistémica —es decir, de una práctica generalizada de impunidad— y que es, pues, susceptible de hacer presumir a los actores que no será nunca aplicada, años después continúa existiendo como norma positiva, (...) la selectiva inaplicación de una norma penal (la práctica sistemática de impunidad selectiva) no es obstáculo a un procedimiento judicial ulterior. Mantengo aquí lo que sostuve en mi voto concurrente en *Streletz*, es decir que no es un caso de aplicación retroactiva de la ley penal sino de un inexplicable error de derecho».²²

V. Los más de 110.000 españoles «detenidos-desaparecidos», el PIDCP, el CEDH y el Fiscal español

Esta es la cifra que alcanzó a ser identificada en el Sumario 53/2008 durante los pocos días que el Juez Central de Instrucción N.º 5 pudo practicar diligencias antes de que el Ministerio Fiscal obtuviera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional la orden de no continuarlas (Auto de 2.12.2008).

En conformidad con el Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, no puede ser interpretada una norma interna en oposición

²¹ Ver, por ejemplo, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96, 35532/97 y 44801/98, CEDH 2001-II.

²² TEDH Caso *Zdanoka c. Letonia*, de 16 de marzo de 2006, voto particular del juez ZUPANČIČ.

a lo dispuesto en un tratado internacional. En concreto, en el caso de las detenciones seguidas de desapariciones la Comisión Europea de DD.HH. ha considerado en el caso *Chipre c. Turquía*, Sentencia de 10 de mayo de 2001²³, que

«127 La Comisión ha observado que (...) el artículo 2 [del CEDH] impone a las autoridades del Estado demandado la obligación positiva de llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias en que tuvieron lugar las desapariciones. Además, esta obligación tiene un carácter continuado puesto que podría acaecer que los desaparecidos hubiesen hallado la muerte por causa de crímenes imprescriptibles.»

«1. (...) el Tribunal observa que las pruebas corroboran la alegación del gobierno demandante según la cual numerosas personas aún desaparecidas habían sido detenidas por fuerza turcas o chipriotas turcas en la época en que las operaciones militares se acompañaban de arrestos y asesinatos en gran escala. (...)

2. Es indiscutible que tal fue el contexto en que tuvieron lugar las desapariciones. El Tribunal no puede sino observar que las autoridades del Estado demandado jamás abrieron ninguna investigación sobre las quejas de las familias de los desaparecidos según las cuales se habría perdido el rastro de estos últimos cuando se hallaban detenidos en circunstancias que había razones reales para temer sobre su suerte. (...)

3. A la vista de lo que precede, el Tribunal concluye que ha habido violación continuada del artículo 2 en cuando que las autoridades del Estado demandado no han llevado a cabo una investigación efectiva dirigida a hacer la luz sobre la suerte de los chipriotas griegos que han desaparecido en circunstancias que ponían su vida en peligro, ni sobre el lugar donde se hallaban».

La Sentencia condena al Estado turco por violar en forma continuada los artículos 3, 4, 5, 8, entre otros, del CEDH.

La jurisprudencia del TEDH es reiterada en cuanto a la desaparición forzada en relación con la violación de los artículos 2 —derecho a la vida— 3 —prohibición de la tortura—, 5 —derecho a la libertad y a la seguridad—, 6 —derecho a un proceso equitativo—, 13 —derecho a un recurso efectivo— del Convenio Europeo de DD. HH. (ver los casos

²³ En <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=CHYPRE&sessionid=54156619&skin=hudoc-fr>

Gongadze v. Ukraine²⁴, Luluyev and Others v. Russia²⁵; Timurtaş v. Turkey²⁶, Khachiev contra Rusia²⁷).

Debemos recordar, sin embargo, que es entre Fiscales españoles donde en 1996 surge la iniciativa de invocar, por primera vez en España, el PIDC en relación con delitos de genocidio, terrorismo y torturas. Así, la denuncia firmada por el Teniente Fiscal del TSJ de Valencia, D. Miguel Miravet, preparada en colaboración con el entonces miembro de la Fiscalía anticorrupción D. Carlos Castresana —actuando ambos en calidad de miembros de la Unión Progresista de Fiscales (UPF)— y presentada el 4 de julio de 1996 ante el Juzgado de Instrucción N.º 8 de Valencia en funciones de Guardia, afirma²⁸:

«El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), en su art. 2.3.a) dispone que *«Cada uno de los Estados Partes (...) se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales»*. Principio ya proclamado por los Tribunales Militares Internacionales creados en Nüremberg y Tokio por acuerdo de 8 de agosto de 1945, que al aplicar el principio de universalidad para perseguir los delitos sometidos a fuero universal sentaron la doctrina según la cual: *“Ante este Tribunal ha sido planteado que al Derecho Internacional conciernen los actos de los Estados soberanos, y que no contempla sanciones a personas individuales; más aún, que cuando el acto en cuestión es un acto de Estado, aquellos que lo llevan a cabo no asumen responsabilidad personal sino que se hallan protegidos por la doctrina del Estado soberano. En opinión de este Tribunal deben ser rechazadas ambas cuestiones planteadas (...) Los delitos contra el derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de las personas individuales que cometen tales crímenes pueden ser hechas cumplir las disposiciones de derecho internacional”* (citado en L. F. L. Oppenheim: *International Law*, ed. de 1955, pág. 342, que transcribe las actuaciones del Tribunal de Nüremberg).»

²⁴ No. 34056/02, §§ 184-186, ECHR 2005, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, puntos 184-186.

²⁵ Sentencia de 9 de noviembre de 2006, punto 114.

²⁶ No. 23531/94, § 95, ECHR 2000-VI, Sentencia de 13 Junio 2000.

²⁷ Sentencia de 24 de febrero de 2005, considera que se ha violado el artículo 13 CEDH, puntos 182 a 186.

²⁸ El texto íntegro de la Denuncia está publicado en http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/p_010796.pdf

Es la denuncia que inicia el «caso Pinochet», a la que se suma el siguiente 5 de julio de 1996 la querrela interpuesta por la acusación popular ejercitada por la Fundación española Presidente Allende²⁹, de la que tocó en reparto conocer al Juzgado Central de Instrucción N.º 6 (Diligencias Previas 242/1996, Juez titular D. Manuel García Castellón).

De inmediato se planteó en la Fiscalía General del Estado si tenía jurisdicción la Audiencia Nacional. Tras escuchar a los Fiscales de Sala, el Fiscal General D. Carlos Granados autorizó al fiscal entonces adscrito al Juzgado Central de Instrucción n.º 6, Don Xabier Balaguer, a informar favorablemente la admisión a trámite de la querrela. El 6 de septiembre de 1996, el BOE publicaba el Decreto del Gobierno de D. José M.ª Aznar cesando a D. Carlos Granados y pocos días después el Fiscal Sr. Balaguer era trasladado a otro Juzgado. Desde entonces la acusación fue ejercitada exclusivamente por la acusación popular y particular, al igual que ha ocurrido en el procedimiento iniciado en 2006 en el JCI5.

El 16 de mayo de 1997 fue designado Fiscal General del Estado D. Jesús Cardenal Fernández que, catorce días después, nombraba Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional a D. Eduardo Fungairiño. Cuanto más progresaba la acumulación de pruebas mayor entusiasmo mostraban el Fiscal General y el de la Audiencia Nacional en defender una interpretación *contra legem* de la LOPJ y la L.E. Criminal en materia de jurisdicción que suponía, en la práctica, la impunidad de Pinochet y sus colaboradores. En entrevista publicada en El Mercurio (Santiago de Chile) el 9 de noviembre de 1997, el Presidente del Gobierno español D. José M.ª. Aznar afirmaba que *«la posición del fiscal se puede interpretar ya no como una postura individual, sino como una visión que lleva implícita la posición del Gobierno»* Un mes después, el 10 de diciembre de 1997, la Junta de Fiscales de Sala debatió un informe atribuido al Sr. Fungairiño *«sobre la [falta de] jurisdicción de los Tribunales españoles»*, donde se sostenía que *«es discutible que las Fuerzas Armadas Argentinas o Chilenas en un todo puedan ser consideradas como una banda armada; y en cuanto a que la finalidad del exterminio de la disidencia política fuera la subversión del orden constitucional, no cabe olvidar que las Juntas Militares no pretendían sino la sustitución temporal del orden constitucional establecido, mediante acta institucional que tenía por objeto, precisamente, subsanar las insuficiencias de que ese orden constitucional adolecía para mantener la paz pública»*.

²⁹ El texto íntegro de la querrela está publicado en http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/p_050796.pdf, así como las más relevantes resoluciones judiciales del «caso Pinochet».

Aunque algunos Fiscales consideraron en un comunicado tales afirmaciones *«incompatibles con el desempeño de un cargo público en una sociedad democrática»*, la propuesta del Sr. Fungairiño fue apoyada en la Junta de Fiscales de Sala por siete de ellos, Jesús Cardenal, Eduardo Torres-Dulce, Juan Ortiz Úrculo, Rogelio Martínez, José María Íscar, José María Luzón y Rogelio Gómez Guillamón, con la abstención de tres, José Aparicio, José Aranda y Enrique Abad, frente a Jesús Vicente Chamorro, Juan José Martínez Zato, Carlos Jiménez Villarejo y José Alvarado. Sin embargo, fue la interpretación de los cuatro últimos, compartida y defendida por la acusación popular y particular ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la que asumió unánimemente el Auto de 5 de noviembre de 1998 (ARP 1998/5944) al desestimar la petición del Fiscal de archivar la causa. Y el 8 de octubre de 1999 los Tribunales británicos autorizaron la extradición de Pinochet a España³⁰. Desde entonces, los multifacéticos desarrollos y efectos, directos e indirectos, de este caso se suceden interrumpidamente en la jurisprudencia y legislación de los cinco Continentes.

En 2002³¹ el Fiscal de la Sala Penal del Tribunal Supremo D. Alejandro Luzón Cánovas propiciaba que *«una reforma de la acción popular debería contemplar que, en los procesos públicos en que no esté personada una acusación particular o se haya apartado del procedimiento, la retirada del Fiscal determinara también la de la acción popular»*. Esta tesis fue acogida en la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007 (RJ 1045/2007, «Caso Botín»), considerada *«un grave ataque contra la acción popular española»* por una parte de la doctrina³².

En el citado artículo el Sr. Luzón proponía, asimismo, *«limitar los delitos cuya persecución pueda instar la acción popular. La lista (...) debe incluir aquellas infracciones que atacan intereses colectivos, como son los delitos relativos al mercado y a los consumidores, a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, a la energía nuclear o a los incendios.»* No incluía los crímenes más graves

³⁰ La sentencia del Juez Bartle (Bow Street Magistrates Court) en http://elclarin.cl/fpa/pdf/p_081099_en.pdf

³¹ LUZON CANOVAS (Alejandro): «La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular», Madrid, *La Ley* (2002-2), pág. 1804.

³² Ver por ejemplo el comentario a esta Sentencia del catedrático de derecho procesal D. Víctor Fairén en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, N.º 38, Madrid, 2008, pp. 799-835.

cometidos desde el Estado o a través de éste. Lo que contrasta con la expansión que la acción popular conoce en el derecho internacional.

El Convenio Americano de Derechos Humanos en su artículo 44 la admite en cuanto a la protección de derechos individuales de las personas físicas (no de las jurídicas, aunque sí de los accionistas en tanto que individuos)³³.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 33 concede a todos los Estados parte el derecho de demandar a cualquier otro Estado parte³⁴, aún cuando la violación no afecte a sus nacionales, como fue el caso en la demanda interpuesta el 20 de septiembre de 1967 por Dinamarca, Noruega, Suecia y los Países Bajos contra Grecia, en interés de nacionales griegos, tras el Golpe Militar de 21 de abril de 1967.

Aunque el CEDH no contempla la acción popular en tanto que tal, la jurisprudencia del TEDH ha interpretado en términos muy amplios la noción de «víctima» con legitimación activa. Reconoce como tal tanto a la persona directamente concernida por el acto o la omisión litigiosa —incluso cuando no ha sufrido perjuicio por causa de estos³⁵— como a las víctimas «potenciales»³⁶ o «indirectas»³⁷. Admite, además, la legitimación activa de las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos humanos, ya sea como terceros intervinientes³⁸,

³³ Artículo 44: «Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.»

³⁴ Artículo 33: «Asuntos entre Estados. Toda Alta Parte Contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante.»

³⁵ Ver p. ej. CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France* [décis.], n.º 68864/01.

³⁶ Sentencias de 6 sept. 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*, série A n.º 28; 7 julio 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, série A n.º 161; 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, série A n.º 246-A, referidas a actos susceptibles de afectar directamente a los requirentes, quienes tienen que demostrar la probabilidad del riesgo, p.ej. CEDH 6 nov. 2001, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France c/ France* (décis.), n.º 53430/99, CEDH 2001-XI.

³⁷ Se requiere demostrar que existe, por un lado, un vínculo particular y personal entre el demandante y la víctima directa y, por otro lado, que su interés personal se ve satisfecho por la terminación de la violación denunciada (*Pini et autres c/ Roumanie*, n.º 78028/01 y 78030/01, sentencia del 22 junio 2004, CEDH 2004-V. En el caso de herederos, ver p.ej. la sentencia de 5 julio 2005, *Marie-Louise Loyer et Bruneel c/ France*, n.º 55929/00).

³⁸ *DH et autres c/ République tchèque*, n.º 57325/00 (nueve ONG); *E.B. c/ France*, n.º 43546/02 (cuatro ONG).

ya como abogados de los intervinientes directamente³⁹. Las ONG son aceptadas como parte demandante aún cuando nunca se hayan reunido o hablado con sus representados —caso *DH et autres c/ République tchèque*.⁴⁰ La Sala de apelaciones del TEDH incluso ha considerado la violación del Convenio haciendo abstracción del caso individual, como en la decisión de 13 de noviembre de 2007 (*DH et autres c/ République tchèque*, § 209⁴¹):

«*La Cour considère enfin que, dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables, disproportionnés pour la communauté rom, les requérants de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement*».

En casos como estos el TEDH ha aceptado «colectivizar» el recurso individual ejercitado en defensa de los derechos de un grupo nacional minoritario.

La Corte Internacional de Justicia, por su parte, desde el caso *Barcelona Traction*⁴² ha ampliado sucesivamente la legitimidad del control generalizado de la legalidad de los actos de un Estado individual, en particular en cuanto a las obligaciones *erga omnes* de respetar derechos imperativos, de *ius cogens*, entre los que se encuentra la prevención y sanción del genocidio⁴³, la protección del medio ambiente⁴⁴, el derecho de autodeterminación de los pueblos dominados⁴⁵; la protección de la comunidad mundial ante la amenaza de armas atómicas⁴⁶. Los derechos humanos han dejado de ser asuntos «*esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*» (art. 2.7 de la Carta de la ONU), cualquiera sea la nacionalidad de los individuos.

³⁹ *DH et autres*, cit.; *Petropoulou-Tsakiris c/ Grèce*, n.º 44803/04, donde los demandantes están representados por el Centro europeo de derechos gitanos, sea indirectamente, *Caso. Tysiac c/ Pologne*, n.º 5410/03, donde los abogados pertenecen a dos ONG.

⁴⁰ El Juez español Sr. Borrego formula un voto disidente.

⁴¹ Ver, también, TEDH, Gran Sala, 4 dic. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, n.º 44362/04.

⁴² CIJ, caso *Barcelona Traction (Belgica c. España)*, Rec. 43, CIJ, 1970, p. 32, § 33, 34.

⁴³ CIJ, *Case Concerning Application of the Convention on the Protection and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Sentencia de 26 de febrero de 2007.

⁴⁴ CIJ, *Nuclear Tests Cases*, 1974.

⁴⁵ CIJ, *East Timor Case*, 1995.

⁴⁶ ICJ *Advisory Opinion, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 8 July 1996; 1996 ICJ Reports.

El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las NN.UU. sobre responsabilidad internacional de los Estados considera, en su artículo 40⁴⁷, que una violación de las normas perentorias de derecho internacional —tales como la esclavitud, el genocidio y el apartheid— ofende a todos los Estados, constituye un delito según el derecho internacional y genera la posibilidad de una acción popular por parte de los Estados ante un Tribunal internacional dotado de jurisdicción:

*«Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à CE que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations **erga omnes.**»⁴⁸*

En el GATT está autorizada la acción popular de sus más de 150 Estados cuando un objetivo de la Organización Mundial de Comercio es obstaculizado, aunque el demandante no sea perjudicado. En virtud de ello, durante los primeros 54 años de existencia del GATT han sido formuladas más de 300 demandas de consulta en defensa de intereses de la comunidad, y han sido pronunciados más de 230 informes con sentencias y decisiones⁴⁹.

En conclusión, la acción popular, con raíces en el derecho romano y medieval, establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Constitución de 1978, es un instrumento necesario para la aplicación efectiva de las normas que ordenan prevenir, investigar y sancionar los crímenes de mayor gravedad, en particular aquellos cometidos con los instrumentos y recursos del Estado como es el caso, por lo general, del genocidio y de los delitos de lesa humanidad.

⁴⁷ Article 40. «Application of this chapter. 1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.» Ver el comentario de la CID a este artículo en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

⁴⁸ Ver ICJ, Sentencia de 5 de febrero de 1970, caso Barcelona Traction, ICJ Rep. 1970, p. 32.

⁴⁹ Según el estudio de IWASAW (Yuji): «WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision», en *Journal of International Economic Law*, (202), 5, 2: pp. 287-306.

El derecho a un proceso público, conurrencia de la libertad de información, derechos fundamentales del detenido, juicios paralelos

Juan Pedro Yllanes Suárez

Magistrado. Sección Segunda Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

I. La publicidad externa del proceso penal y los juicios paralelos

El principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales, recogido en el artículo 120.1 del Texto Constitucional, y que no admite otras excepciones que las fijadas en las leyes de procedimiento, se vincula directamente con el cada día mayor interés demostrado por la opinión pública en conocer los hechos socialmente relevantes entre los que se encuentran, con más frecuencia de la deseable, los que casi a diario se ventilan en los juzgados y tribunales, cuando todas o alguna de las partes procesales tiene vinculación con el mundo de la política, las finanzas o, los que se relacionan con episodios que pudieran comprenderse bajo la denominación de «violencia sexista» o «violencia machista» y que ocupan espacio propio y destacado en la difusión de información por parte de los *media*. Esta petición de información y su transmisión por los medios de comunicación social tiene amparo constitucional, en el apartado de su texto dedicado a los derechos fundamentales y las libertades públicas, en el artículo 20.1.d) en el que se reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de comunicación, derecho cuya importancia nuclear en una sociedad democrática ha sido constantemente destacado por el Tribunal Constitucional en su labor interpretadora, y así aparece ya reflejado en la sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, que en su fundamento jurídico sexto explica que «el artículo 20 de la norma fundamental... garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema

democrático, se convierte a su vez en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de un modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. (...)». La interrelación entre el principio de publicidad de las actuaciones judiciales y el derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz tuvo un importante episodio, referido al libre acceso a las sesiones del juicio oral a reporteros de la prensa escrita para asistir a las sesiones de la vista por el intento de golpe de estado del 23 de febrero de 1981, resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982 de 1 de junio, en la que tras dejar sentado que el principio recogido en el artículo 120.1 no puede entenderse restringido a las personas que están presentes en la sala sino que exige una proyección general, afirma que «Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social.»

Otro trascendente episodio referido a la complicada relación entre el principio de publicidad y el derecho a comunicar y recibir información tiene su plasmación en las sentencias 56 y 57/2004, ambas de 19 de abril, al resolver los recursos de amparo presentados por varios periodistas y la Federación de Asociaciones de la Prensa de España contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1999 y contra los acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 12 y 25 de septiembre de 1995, que aprobaron las normas de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo y el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 7 de febrero de 1996, que estimó parcialmente el recurso administrativo ordinario interpuesto contra aquellos acuerdos. El acuerdo de 25 de septiembre, en su apartado tercero, establecía que no se permitiría el acceso con cámaras fotográficas, de video o televisión al Palacio salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes, apartado reformado en vía administrativa por el Consejo General del Poder Judicial en la medida en que el mismo no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada

caso el acceso de los medios audiovisuales a las vistas. El recurso de amparo contra las cláusulas primera y tercera se sustenta esencialmente en la vulneración del derecho tutelado en el artículo 20.1.d), alegando que el mismo incluye el acceso de los medios de comunicación social a las actuaciones judiciales públicas, incluso en condiciones de preferencia con respecto al resto de los ciudadanos y, especialmente, cuando los asuntos revisten trascendencia para la vida pública.

El Tribunal Constitucional, tras hacer un concienzudo repaso de la legislación vigente en nuestro ordenamiento sobre la publicidad externa del proceso penal, y con mención expresa de anteriores resoluciones, en especial la ya citada sentencia 307/1982, de 1 de junio, después de resolver la cuestión referida al acceso de los medios a actuaciones judiciales que no son públicas y a dependencias de la sede del Tribunal Supremo distintas de las Salas, concluyendo que el apartado primero de la decisión recurrida no vulnera derecho fundamental alguno, entra de lleno en el examen de la cláusula tercera del Acuerdo entendiendo que el régimen de prohibición general que en la misma se contiene, con reserva de autorización, es incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información actualmente vigente, que establece una habilitación general con reserva de prohibición, y que mientras el legislador, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación, no limite con carácter general esta forma de ejercicio de la libertad de información, su prohibición o limitación en cada caso forman parte de la competencia que la LOPJ y las distintas leyes procesales atribuyen a Jueces y Tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad en los juicios. La consecuencia final es la de determinar que no es compatible con la actual legislación reguladora del derecho a la libertad de información el establecimiento de una prohibición general con reserva de autorización en cada caso del acceso de medios de captación y difusión de imágenes a las audiencias públicas, porque la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el referido derecho fundamental que no ha sido limitado con carácter general por el legislador, otorgando parcialmente el amparo solicitado. Junto al parecer de la mayoría, el voto particular formulado, con sustento en el derecho comparado, reflexiona acerca de lo que denomina la «publicidad judicial mediata», entendiendo por tal la que permite la apertura de las Salas de justicia a la prensa gráfica, radiofónica o a los aparatos de video y televisión, para concluir que la respuesta que daban los acuerdos anulados resulta en realidad más favorable al derecho fundamental a comunicar información veraz por cualquier medio, en cuanto garantiza el acceso de medios audiovisua-

les tras la ponderación que, caso por caso, hagan cada una de las Salas del Tribunal Supremo de las garantías del proceso y de los derechos fundamentales afectados, concluyendo que no se produjo vulneración de los derechos invocados por los recurrentes.

Partiendo de lo expuesto hasta el momento sobre la publicidad y de la importancia que la función intermediadora de los medios de comunicación tienen en la vinculación del Poder Judicial con la sociedad, surge el riesgo de que dicha función se transforme en un decidido intento de configurar e intervenir no solo en los procesos de toma de decisiones, sino en la recepción y percepción de dichas decisiones por el receptor del mensaje informativo, empleando esencialmente dos instrumentos fundamentales cuales son una inmersión incontrolada en los hechos justiciables que se debaten en el proceso en marcha, construyendo acusaciones, valorando las fuentes de prueba sin control alguno y proponiendo veredictos o fallos de culpabilidad o no culpabilidad ajustados, no a la actividad probatoria, sino a las expectativas creadas por el desarrollo del proceso en el medio o medios de comunicación de los que se trate o, segundo mecanismo, trasladando a la sociedad receptora de la información la existencia de espacios o sombras de dudas acerca de la imparcialidad del Tribunal o cualquiera de sus miembros, construyendo lo que se ha dado en llamar los «juicios paralelos», que la doctrina caracteriza como el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*, a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a la investigación judicial, convirtiéndose tal valoración ante la opinión pública en una suerte de proceso en el que los diversos medios ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor así como, con mucha frecuencia, el de juez. La consecuencia, al cabo de un cierto periodo de tiempo en el que han ido apareciendo las informaciones junto con los juicios de valor, más o menos explícitos, es que las personas implicadas aparecen ante la opinión pública como inocentes o culpables de los hechos en cuestión. Juicios paralelos que se edifican sobre acusaciones que aparecen en titulares, con testimonios y pruebas realizadas al margen de cualquier garantía procesal, que inciden en el proceso ejerciendo presiones más o menos sutiles o difusas que recaen sobre el Tribunal, sobre las partes, sobre los testigos o sobre cualquiera de los protagonistas del juicio, presiones que pueden operar no solo en contra del acusado, sino también en perjuicio de las víctimas, y ante la que los jueces, por su profesionalidad, deben permanecer ajenos sin dejarse influir, aunque no debe olvi-

darse que, tan importante como la imparcialidad e independencia del juez es la apariencia de que son reales, debiendo crearse las condiciones para que el ejercicio de la función jurisdiccional se pueda ejercer libre de influencia espurias y ahuyentando cualquier sospecha de injerencia en la resolución judicial, cautelas que cobran especial importancia en los procesos seguidos ante el Tribunal del Jurado al estar integrado por jueces legos.

Muchos son los ejemplos que de uno y otro modelo de los antes mencionados, aquellos que versan sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados o los que focalizan en la imparcialidad judicial, pueden recordarse, siendo paradigmáticos, por lo que a la pureza jurídica de la decisión se refiere, y presentes en la memoria colectiva pese al tiempo transcurrido, los conocidos como caso Filesa, caso Segundo Marey o caso Gómez de Liaño, en los que se desataron campañas de prensa poniendo en duda que la decisión de determinados magistrados se sustentara única y exclusivamente en el ordenamiento positivo, destacando su adscripción ideológica o su cercanía a determinados partidos políticos como criterio fundamental en el mecanismo de su toma de decisión, transmitiendo a la opinión pública la sospecha sobre la imparcialidad de dichos juzgadores. Idéntica solución se ha adoptado muy recientemente en el diario El País, en su edición de 28 de febrero de este año, al adscribir ideológicamente a los magistrados que se integran en la Sala Penal del Tribunal Supremo en relación con la función de juzgar en diversos casos en los que están implicados políticos de un determinado partido o la de admitir querellas contra un juez de instrucción de la Audiencia Nacional.

Si a la inocencia o culpabilidad nos referimos, el hito fundamental que situó a la sociedad frente a la realidad de los juicios paralelos y todas las disfunciones que provocan, es el tratamiento informativo que, especialmente en determinadas cadenas de televisión, se dio al llamado «crimen de las niñas de Alcasser», acudiendo a los platós televisivos familiares de las víctimas, pretendidos expertos en crímenes de la misma naturaleza, médicos que efectuaban dictámenes forenses de dudosa base científica o familiares de los presuntos responsables que no tenían reparo alguno en ofrecer su sesgada e interesada versión sobre como sucedieron los hechos, la intervención de los presuntos autores o la voluntaria denegación de diligencias de investigación que pudieran conducir a otros partícipes en el crimen. Dicho tratamiento sensacionalista sin mecanismos de contención provocó inmediatas reacciones, de las que puede ser perfecto ejemplo el Dictamen 6/97 del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, que se confeccionó en base a las recomendaciones y observaciones realizadas en tres informes encargados a un

magistrado, un abogado y un periodista como representantes de los sectores más directamente implicados en la cuestión, y que entre sus conclusiones constató la necesidad de una iniciativa legislativa dirigida a regular los supuestos en que es legítimo exceptuar la publicidad de las actuaciones judiciales mientras sea necesario para garantizar bienes y derechos fundamentales, recomendando a las empresas de televisión, a la espera de la regulación positiva, que se abstuvieran de programar la intervención de personas que constituyan medios de prueba de los que haya de servirse el tribunal; la exigencia de que los medios de comunicación observen el principio deontológico de diferenciación entre información y opinión también en el tratamiento de los juicios, y la necesidad de que la cautela se extremara en los casos que estén sometidos al conocimiento del Tribunal del Jurado.

Baste esta última referencia al Tribunal Popular integrado en España por jueces legos para recordar que un juicio paralelo movió en su momento al legislador no a regular, definitiva y exhaustivamente, la cuestión a la que nos venimos refiriendo de la publicidad externa del proceso penal y de los conflictos entre el derecho a la libertad de información y los derechos a la presunción de inocencia y a un juicio justo con todas las garantías, sino a anunciar una modificación del modelo de jurado, poniendo en vigor un jurado escabinado, resultando un lamentable espectáculo la peregrinación de la madre de una joven asesinada, Rocío Wanninkhof, por todos los platós de televisión, muchas veces acompañada del letrado a quien había encomendado la defensa de sus intereses, proclamando la culpabilidad, sin el menor asomo de duda, de quien había sido su compañera sentimental y que había actuado, como no podía ser de otra manera, por despecho y venganza, incidiendo en la turbia personalidad y en la frialdad de ánimo de la indiscutible asesina, que estando en situación personal de prisión provisional ninguna declaración podía hacer en su favor, debiendo ser su abogado defensor quien, probablemente sin desearlo, debía acudir a los medios de comunicación para frenar de alguna manera el, en acertada expresión doctrinal, «festín mediático» que se estaba desarrollando, y que acabó, no lo olvidemos, con un pronunciamiento condenatorio explicado por algún miembro del tribunal con su identidad ocultada, posteriormente anulado por el TSJ de Andalucía.

No podemos olvidar que España firmó tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en sus artículos 10 y 19, respectivamente, establecen el derecho a recibir y comunicar libremente ideas e informaciones, si bien, pueden ser objeto de restricciones previstas por la ley para salvaguardar

los derechos y libertades ajenos o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, habiendo producido el artículo del Convenio un abundante cuerpo de doctrina del TEDH, que en sentencias en casos como el *Sunday Times vs. Reino Unido*, de 1979, el *Worm vs. Austria* de 1997, o el *Schöpfer vs. Suiza* de 1998, reconociendo que es una opinión generalizada que los tribunales no pueden operar en el vacío y que siendo los competentes para resolver los conflictos entre las partes eso no quiere decir que con anterioridad puedan dar lugar a debates, compitiendo a los medios de comunicación comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones que conocen los tribunales, así como de aquellas que se refieren a otros sectores de interés público, lo que no es un obstáculo para que se estime pertinente para garantizar la autoridad del poder judicial que se limiten los procesos paralelos en la prensa, pues si se agitan con antelación los puntos en una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza en los tribunales y, además, si aquel se habitúa al espectáculo de un seudoproceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos. Esta misma tesis se recoge en la sentencia del caso *Craxi vs. Italia* que añade que al igual que todo individuo, las personalidades conocidas tienen derecho a gozar de un juicio justo, lo que comprende el derecho a ser oído por un tribunal imparcial, debiendo recordarlo los periodistas cuando escriben artículos sobre procedimientos penales en curso, ya que los límites del comentario admisible pueden no englobar las declaraciones que corran el riesgo de reducir las posibilidades de una persona a gozar de un juicio justo o de minar la confianza del público en el papel de los tribunales en la administración de la justicia penal, para, más adelante, distinguir a los jueces profesionales de los miembros de un jurado, destacando que los primeros gozan de una experiencia y una formación que les permite descartar cualquier sugerencia externa al proceso.

II. El caso de la muerte de Aitana

Sobre las 22.00 horas del día 24 de noviembre de 2009, una niña de tres años, de nombre Aitana, ingresa en situación de parada cardiorespiratoria en el centro médico El Mojón, sito en la localidad de Arona, en el sur de la isla de Tenerife, donde por los facultativos del servicio de guardia se le aprecian lesiones compatibles con uno o varios episodios de malos tratos, poniéndose en conocimiento de la Guardia Civil,

cuando acude al establecimiento hospitalario, que la menor presenta, igualmente, desgarros en la zona vaginal y anal, compatibles con una penetración. La niña fue trasladada hasta el centro médico por el novio de su madre biológica, presente cuando acudieron los agentes, quienes proceden a entrevistarse con él y le preguntan por el origen de las lesiones, manifestándoles la persona en cuestión, de nombre Diego, que la niña había sufrido una caída unos días antes en un parque situado junto a la casa, y que la trasladó hasta el mismo centro médico donde fue atendida. En el atestado confeccionado, de donde se han extraído los datos anteriores, se hace constar la información que el médico de guardia transmite a la fuerza actuante y que, resumidamente, describe que a su ingreso Aitana estaba en parada cardio-respiratoria, cianótica, con pupilas midriáticas arreactivas y a 130 pulsaciones por minuto; que además presentaba múltiples hematomas en cara, tórax, abdomen, brazos y piernas y una lesión compatible con quemadura en la espalda; que la menor presentaba un desgarro vaginal sangrante y otro desgarro en la región perianal con dilatación, y que las lesiones anteriores eran compatibles con una penetración, y los politraumatismos con malos tratos.

Ante tales detalles, por los agentes de la Guardia Civil, en el mismo centro médico en el que estaba siendo atendida la menor, proceden a la detención de Diego y su traslado a dependencias policiales, mientras que la niña era llevada al Hospital Nuestra Señora de la Candelaria, en donde fue examinada por el médico forense de guardia y por el responsable del Servicio de Pediatría, quienes coinciden en no poder precisar el origen de las lesiones situadas en los genitales y en que las contusiones, hematomas y quemaduras eran compatibles con un episodio de malos tratos, indicando su evolución una antigüedad aproximada de veinticuatro horas. Finalmente, en la mañana del día 25 de noviembre de 2009, la pediatra del turno de noche específica a la Guardia Civil que, y así se refleja en el atestado, aún pendiente de valoración ginecológica, no se habían detectado desgarros vaginales y anales.

Aitana falleció el día 26 de noviembre de 2009.

1. *El tratamiento del caso en los medios y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso A. contra Noruega*

Resulta necesario este resumido relato de los hechos esenciales que se hallan en el origen de las informaciones periodísticas a las que a continuación haremos referencia, partiendo de la constancia de que no to-

dos los medios de comunicación se hicieron el mismo eco ni dedicaron el mismo espacio informativo para trasladar las noticias que llegaban desde la isla de Tenerife de lo que, en acercamiento epidérmico a tales hechos, parecía otro caso más de violencia doméstica con el agravante añadido de la edad de la presunta víctima. Si nos trasladamos a la isla en la que sucedió el episodio de la muerte de Aitana, los tres diarios que se publican en Tenerife informaban del fallecimiento, el día 27 de noviembre, con los siguientes titulares —todos extraídos de las ediciones digitales—:

- El Día.es: «Fallece la niña de tres años víctima de malos tratos»
- Diario de Avisos.com: «Muere la niña de tres años martirizada en el sur»
- La Opinión.es: «Muere la niña de tres años que fue violada por el novio de su madre»

Es el día 28 de noviembre cuando todos los medios de comunicación, tanto de las Islas Canarias, que continuaron informando exhaustivamente, como los de ámbito nacional, se hacen eco de los, en apariencia, graves hechos acaecidos, que produjeron la muerte de la menor e identifican al presunto autor de delitos de extraordinaria trascendencia, en la mayoría de los casos acompañada la información con fotografías en las que el rostro de Diego, novio de la madre de Aitana, aparece en primer plano, sin ningún tipo de corrección o manipulación que impida su identificación —al contrario de lo que ocurre con la cara de los agentes que lo acompañan, debidamente pixelada o difuminada— junto a titulares como los siguientes:

- El Mundo.es: «El presunto autor de la muerte de la menor le pegó, pero no la violó»;
- La Vanguardia.es: «Muere una niña de tres años por presuntos malos tratos»;
- Canarias7.es: «El autor de la muerte de la pequeña Aitana reconoce que le pegó, pero que no la violó»;
- El Día.es: «El detenido por la muerte de la niña de Arona, a disposición judicial»;
- La Opinión.es: «El presunto autor de la muerte de la menor dice que le pegó, pero no la violó»;
- El País.es: «Muere una niña de tres años con signos de maltrato».

Pero si algún diario se mostró extremadamente duro al titular la información ese fue el periódico ABC, que en su portada de la edición en papel del día 28 de noviembre de 2009, sobre un primer plano del rostro de Diego, contenía el siguiente titular: «La mirada del asesino

de una niña de tres años», subtitulando «Tenerife llora la muerte de Aitana, que no superó las quemaduras y los golpes propinados por el novio de su madre». En la página 29, donde a página completa se dispensaba la información, el titular proclamaba —de nuevo con el soporte de la fotografía del presunto autor de los hechos— «Novio, canguro y asesino», revelando la noticia diversos extremos relativos a los partes médicos, parte de las manifestaciones del detenido, las primeras decisiones judiciales, además de relatar la llegada de la menor, su madre y el novio de esta a la isla de Tenerife y la reacción del padre tras tener conocimiento de lo sucedido. En el texto se mencionaba, en dos ocasiones, a la Guardia Civil como fuente de la que habían manado los detalles contenidos en la información.

Las primeras diligencias judiciales en el Juzgado de Instrucción número 7 de Arona, que se registraron con el número 2681/09, tuvieron por objeto legalizar la situación personal de Diego mediante la prórroga de la detención, en espera de los sucesivos informes recabados para determinar las causas del fallecimiento de Aitana para, en fecha 28 de noviembre, dictar un Auto por el que se acordaba la libertad provisional y sin fianza del imputado. En la resolución, que fue trasladada a los medios de comunicación a través del Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, se especifica que el informe médico forense constata que no se observaron en la zona anal y genital de la pequeña lesiones traumáticas sugestivas de agresión sexual, estableciéndose como causa probable de la muerte de Aitana las lesiones derivadas de una caída, presumiblemente accidental, acaecida cinco o seis días antes, vinculada a una primera visita al centro médico para que se atendiera a la menor, reflejando el informe de autopsia, del que se transcriben párrafos en la resolución judicial, que las quemaduras observadas en el cadáver no eran compatibles con mecanismos de llama, cigarrillos o secador de pelo, barajándose orígenes como una reacción alérgica o escaldadura estafilocócica. Añadía el informe que las lesiones externas e internas eran compatibles con maniobras repetidas de reanimación y que, en cuanto al desgarramiento mesointestinal no se podía hablar de golpe o contusión como mecanismo de producción. Sin ser exhaustivo en la descripción que de los resultados del examen médico contiene el Auto, resulta más trascendente destacar que, en el inciso final del fundamento jurídico tercero, se descarta que la menor hubiera sufrido agresión sexual alguna y se mantiene que no hay indicios, en ese momento procesal, de que la niña hubiera sufrido maltrato por parte de Diego, por lo que, en sintonía con lo solicitado por el Ministerio Fiscal y la defensa del imputado, se acordó la libertad del mismo.

El contenido de la resolución del Juez encargado de la instrucción tiene eco mediático al día siguiente, domingo 29 de noviembre de 2009, pudiendo leerse en la prensa escrita titulares como estos:

- Diariodeavisos.com: «Aitana murió de forma accidental»;
- El Día: «En libertad sin cargos el padrastro de Aitana»;
- La opinión.es: «Diego era inocente»;
- El Periódico de Catalunya: «Libre y exculpado el hombre que fue acusado de la muerte de una niña»;
- ABC: «El juez deja en libertad sin cargos al detenido tras la muerte de Aitana». En la misma página 28 encabezada por el titular se especifica «Ni abusos sexuales, ni quemaduras, ni malos tratos: el primer informe médico resultó erróneo» glosando el texto de la noticia el contenido del Auto, con transcripción de alguno de sus párrafos y mención final a que las investigaciones continuarían en días sucesivos.

No obstante, para la cuestión que aquí nos ocupa referente al derecho a la concurrencia entre el derecho a la libertad de información y los derechos fundamentales del detenido, y sin necesidad de entrar a valorar el lenguaje jurídico empleado en las distintas informaciones para calificar la situación procesal de Diego tras ser oído en declaración por el titular del órgano encargado de la instrucción, resultan mucho más reveladoras las reflexiones que se contienen en algunos artículos de opinión publicados en los días sucesivos o la literalidad de las manifestaciones de los máximos responsables de las Asociaciones de la Prensa de Madrid y Barcelona, en cuanto contienen alusiones directas a los derechos constitucionalmente tutelados, de los que era sujeto en ese momento el imputado en las actuaciones iniciadas a raíz del ingreso hospitalario y posterior muerte de Aitana, que se estiman infringidos por el tenor de las informaciones publicadas según se iban conociendo datos de una investigación que, en el momento de publicarse las primeras noticias, se hallaba en fase policial y, como ya hemos tenido oportunidad de referir, era la misma Guardia Civil, que se había hecho cargo de las diligencias, la fuente citada como origen de la información. Sin necesidad de ser exhaustivo, tanto Fernando Urbaneja, en su condición de presidente de la Asociación de la Prensa de Madrid, como Josep Carles Rius, decano del Colegio de Periodistas de Barcelona, coincidieron en destacar que el mal estaba hecho y que se había producido una cadena de errores —solo Josep Carles hizo cita de la justicia pese a tener constancia de que cuando se publicaron los titulares que tildaban a Diego de asesino o lo culpaban de haber matado a Aitana, sin calificar la conducta, la única decisión adoptada era la de prorrogar la detención a la espera del resul-

tado de algunas diligencias— incidiendo el decano de Barcelona en que no se había respetado la presunción de inocencia por parte de muchos medios, y concluyendo que, en el caso del fallecimiento de Aitana no solo se celebró un juicio paralelo, sino que hubo un juicio sumarísimo y se dictó sentencia.

No puedo más que compartir el diagnóstico efectuado por este profesional de la comunicación al calificar lo sucedido, partiendo de la definición que de los llamados juicios paralelos hemos efectuado en la introducción de esta ponencia, distinguiéndose el caso de Diego, respecto de otros asuntos, en los que los medios de comunicación se ha seguido de cerca el trámite de las actuaciones procesales, especialmente el desarrollo del juicio oral y de la prueba que en el mismo se practicaba, en que la autoría de la muerte, presumiblemente violenta, de la niña de tres años, se predica respecto del sujeto pasivo de las informaciones y de las fotografías que muestran su rostro en primer plano en el momento inicial de las diligencias, sin que se hubiera producido el acto formal de imputación, solo con sustento en los informes médicos incorporados al atestado y en una declaración en sede policial, valorando las informaciones que se derivaban en fase investigación policial, sin ningún tipo de filtro judicial, ni siquiera a través del Gabinete de Comunicación del Tribunal Superior de Justicia.

En el mismo sentido en el que se pronunciaron Fernando Urbañeja y Josep Carles Rius abundaron los editoriales repartidos por la prensa escrita en los que se manifestaba que el «caso Aitana» suponía un nuevo atropello a la presunción de inocencia —en El Periódico.com del día 2 de diciembre de 2009 en artículo firmado por Juan Ruiz Sierra y Mayka Navarro— se aludía a errores y negligencias inexplicables —artículo publicado en Canarias7.es el día 28 de noviembre de 2009 y firmado por Manuel Mederos— se afirmaba que nada puede reparar al falso culpable —reportaje elaborado por Juan M. Pardellas y Rosario G. Gómez para ElPaís.com el día 1 de diciembre de 2009— o, en el más duro alegato de todos frente a las informaciones publicadas, la columna titulada «vergüenza de trabajar en esto» firmada por Francisco Pomares en La Opinión de Tenerife.

En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2009, dictada en el caso de A. contra Noruega, se resuelve acerca de la alegada violación de los derechos a la presunción de inocencia y al honor, como parte del derecho a la intimidad personal (privacy), tutelados en los artículos 6.2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos derivada de la publicación de ciertos datos personales y de fotografías que mostraban al reclamante de espaldas, vinculadas con las investigaciones desarrolladas a raíz de la violación y asesinato de dos

menores, de ocho y diez años de edad, en la ciudad de Kristiansand, en Noruega. En la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Noruega, bien que por tres votos a dos, se había rechazado el recurso presentado contra una decisión anterior de la Corte de Apelación en la que se había estimado que la información dispensada por un periódico, acerca de las personas que eran consideradas como sospechosas de un crimen que había desatado, por su brutalidad, un enorme interés informativo en Noruega, en especial en la zona donde se verificaron los hechos, información en la que se habían ofrecido una serie de datos personales y del lugar de trabajo del demandante, así como de su domicilio, haciendo alusión a que el mismo había sido anteriormente condenado por un homicidio, un intento de homicidio y otros delitos violentos, empleando arma blanca, destacando que era consumidor abusivo de estupefacientes y que pertenecía a un grupo que se reunía en un lugar del área recreativa en la que se habían producido los crímenes. El contenido de la información periodística, que había permitido que se identificara al demandante, obligándolo a desplazarse de su domicilio habitual, recogía unas declaraciones del mismo, proclamando su inocencia, y reflejaba que se le había dejado en libertad después de diez horas de interrogatorio policial. El artículo se acompañaba con una fotografía de A., acompañado por dos agentes de policía, en la que su cabeza había sido difuminada. En otra entrevista realizada en un canal de televisión, en donde se calificaba al demandante como principal sospechoso de la autoría de los crímenes, se habían mostrado imágenes laterales o posteriores de A. cuando se dirigía a la zona del área recreativa en la que solía reunirse con el grupo en el que se integraba. La Corte de Apelación, tras examinar el conflicto entre los derechos tutelados en los artículos 6.2 y 8 del Convenio, y el derecho a la libertad de información del artículo 10 del mismo, interpretó que el interés de los habitantes de la zona en la que se habían verificado los hechos para la identificación y persecución de los responsables de los mismos, y que dicho interés determinaba que hubiera de privilegiarse la publicación de las noticias que situaban como principal sospechoso de los crímenes a quien solo había prestado declaración en la fase de iniciación de la investigación policial como testigo.

El TEDH recuerda, en primer lugar, el contenido del principio octavo, del Apéndice a la Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros acerca de la provisión de información a los medios de comunicación sobre procedimientos penales en tramitación, que reclama que sea respetado el derecho a la intimidad personal de quienes aparezcan como sospechosos, acusados o condenados o sean parte en un procedimiento penal, cuando se trata de ofrecer información sobre los mismos, recalcando el efecto perjudicial que la revelación de información

que permita su identificación pueda tener respecto de dichas personas. Partiendo de tal principio, descarta el Tribunal que se haya producido una violación del derecho a la presunción de inocencia, tutelada en el artículo 6.2 ya referido, al interpretar que ninguna autoridad pública había atribuido al demandante responsabilidad criminal en los hechos, pero, después de incluir en su fundamentación todos los detalles que le permiten sopesar si la decisión del Tribunal Nacional constituye adecuada respuesta al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y de información del periódico y el derecho al honor de A., como integrante de su derecho a la intimidad, llega a la conclusión de que el derecho tutelado en el artículo 8 del Convenio fue vulnerado, sin que hubiera razones para hacer preponderante el contemplado en el artículo 10.

Resulta especialmente recomendable la lectura de los párrafos 67 a 74 de la sentencia en los que el Tribunal realiza el ejercicio de determinación del equilibrio entre uno y otro derecho para, trasladándolo al caso de Diego, alcanzar las propias conclusiones acerca de la vulneración de derechos constitucionalmente tutelados, teniendo como elementos de valoración que se expresan en la sentencia que venimos glosando, que nunca se ocultó en las informaciones periodísticas que A. solo había sido interrogado como testigo o que nunca fue revelado su rostro en la información gráfica que acompañaba a la escrita, teniendo especial interés destacar que, demandada ante las autoridades judiciales noruegas la cadena de televisión TV2, la Corte de Apelación de Agder estimó que había existido difamación ilegal por parte del medio televisivo, con sustento en razonamientos similares a los que le llevaron a desestimar la apelación presentada contra la decisión de desestimar su reclamación contra el periódico local, prestando atención a criterios tales como la cobertura de uno y otro medio, nacional en el caso de la emisora, el haber sido el primero en insinuar que A. era sospechoso de haber participado en los crímenes y de ocultar, no obstante tener conocimiento de los resultados de la autopsia, que las niñas habían sido violadas y que los antecedentes penales del demandante no incluían ningún delito que atentara contra la libertad sexual.

*2. La respuesta de las autoridades y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Alenet de Ribemont contra Francia**

En un caso de tan elevado impacto informativo, a raíz de las filtraciones derivadas durante la tramitación policial de las diligencias de in-

vestigación, relativas a las lesiones y estigmas que la pequeña Aitana presentaba al momento de su ingreso hospitalario, no solo los medios de comunicación, tanto del archipiélago como de difusión nacional, se ocuparon de transmitir a la opinión pública los más escabrosos detalles de los hechos vinculándolos sin reparo a la persona del que fue considerado, según lo recogido en el apartado anterior, como el responsable de los malos tratos que, presuntamente había recibido la menor, sino que la respuesta, máxime desde el momento en que el asunto derivaba al ámbito de la denominada violencia doméstica o violencia de género, fue inmediata y poco reflexiva tanto por colectivos directamente vinculados con el Derecho y la Administración de Justicia, como por quienes ocupaban cargos de responsabilidad tanto en el legislativo como en el ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Canarias. La Asociación de Mujeres Juristas Themis —en cuya página web no me ha sido posible encontrar la nota emitida— manifestó, en respuesta que aparece en la edición de Madrid del diario «El Mundo» de 28 de noviembre de 2009: *«Es un crimen horrendo que merece la repulsa general de la sociedad tinerfeña y la puesta en marcha de todos los mecanismos que tiene el Estado de Derecho, para que los autores del horrible delito sean perseguidos y castigados con todo el peso de la ley. Demandamos del Gobierno de Canarias y del Cabildo Insular que se personen en la causa a los efectos de que no quede impune este crimen. Demandamos a la sociedad civil que se movilice contra la violencia y el maltrato de los menores, e interesamos de la Administración de Justicia, jueces y fiscales una pronta y ejemplar respuesta»*. Por su parte las más altas instituciones de Canarias guardaron un minuto de silencio por la muerte de Aitana, respuesta que según la vicepresidenta del Parlamento insular lamentablemente se relacionaba con otra víctima de la violencia machista. En plena efervescencia de declaraciones Inés Rojas, consejera de bienestar social del Gobierno de Canarias afirmó *«sentirlo muchísimo no solo ya por la niña, sino también por su madre, pero por favor ni en el reino animal conocemos estas atrocidades ¿Qué está pasando? Lo que sí tiene que saber y tener claro la sociedad canaria es ¿Cómo pueden pasar estas cosas y que nadie pueda detectarlo a tiempo?»*, mientras que Isabel de Luis, directora del Instituto Canario de la Mujer, tras informar de que habían llegado los padres biológicos de Aitana a la isla de Tenerife, afirmaba, que tras solicitar su autorización *«...nos personaremos como acusación popular porque todos los esfuerzos para que el verdugo de Aitana no quede impune serán pocos»*. Basten estos dos ejemplos de declaraciones públicas de autoridades del ejecutivo de la comunidad autónoma para incluir en el catálogo de derechos fundamentales vulnerados a Diego,

el derecho a la presunción de inocencia, en los términos en los que se redacta en el artículo 6.2 del Convenio Europeo, siguiendo los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestados en la sentencia de fecha 10 de febrero de 1995 dictada en el caso *Allenet de Ribemont* contra Francia. En esencia se sustentaba la demanda de infracción del tal derecho en las afirmaciones efectuadas por Michel Poniatowski, en la fecha Ministro del interior de Francia; Jean Ducret, director del departamento de investigación criminal de París y Pierre Ottavioli, superintendente jefe de la brigada criminal, en rueda de prensa celebrada el día 29 de diciembre de 1976, relativa a las primeras investigaciones sobre el homicidio de Jean de Broglie, un diputado y antiguo ministro, afirmándose en la conferencia, por parte del ministro del interior que todas las personas implicadas en la muerte estaban arrestadas, mientras que Jean Ducret afirmó que de Ribemont había sido el instigador del crimen junto con otro de los detenidos. La afirmación más trascendente, especialmente si la vinculamos con las declaraciones públicas de los altos cargos del Gobierno de Canarias antes referidas, se contiene en el párrafo 36 de la resolución, ante la alegación del estado francés de que el derecho a la presunción de inocencia solo podía ser vulnerado por un juez o tribunal cuando al finalizar un procedimiento por sentencia condenatoria, los razonamientos sugirieran que el juzgador consideraba anticipadamente culpable al acusado, afirmando el Tribunal Europeo que la presunción de inocencia puede ser infringida no solo por un juez o tribunal sino también por otras autoridades. El paralelismo entre uno y otro supuesto —teniendo siempre presente que las diligencias que se siguen en el juzgado de Arona están todavía en tramitación y quedan algunas diligencias pendientes de resultado— aparece recalcado cuando, en el párrafo 37 se explica que *Allenet de Ribemont* acababa de ser detenido, no había sido formalmente imputado, su detención y custodia en dependencias policiales formaban parte de una investigación judicial recién iniciada, los dos altos funcionarios de policía que comparecieron conducían la investigación —en el caso de Diego la fuente de información referida por los medios de comunicación fue la Guardia Civil— y sus comentarios venían justificados por la existencia de las diligencias y tenían relación con las mismas. En el párrafo 38 se afirma que el derecho a dar y recibir información no puede impedir que las autoridades informen al público sobre un procedimiento criminal en trámite, pero siempre con la discreción y cautela necesarias para respetar la presunción de inocencia. Finalmente, el párrafo 41 destaca que los funcionarios policiales se refirieron al demandante como instigador y cómplice en un homicidio, lo que suponía una declaración de

su culpabilidad, animó a la opinión pública a considerarlo culpable y prejuizó la valoración de los hechos por parte de la autoridad judicial competente para conocerlos.

III. Corolario

La colisión entre derechos constitucionalmente tutelados, cuales son el derecho a transmitir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación y aquellos derechos que amparan a los detenidos, imputados o acusados en el proceso penal sigue teniendo soluciones insatisfactorias en nuestro derecho positivo. Así lo demuestra el que en la reunión anual que ambos colectivos —periodistas por un lado y jueces y fiscales por otro— celebran, desarrollada la última en Santiago de Compostela los días 24 y 25 de noviembre de 2009, se dividiera el trabajo en tres talleres con títulos como «Derechos en conflicto», «La información en el proceso judicial» y «Medios audiovisuales y Tribunales de Justicia». Tuve la oportunidad de participar en el tercero de los talleres comprobando que las posiciones acerca de cómo debe dispensarse la información sobre las causas en tramitación siguen lo suficientemente alejadas como para impedir que casos como el de la muerte de Aitana tengan el tratamiento informativo a que hemos hecho anterior referencia. Asumir que, como en una vieja canción, los tiempos están cambiando, con la transmisión inmediata de la noticia a través de Internet —debate ya abierto en Estados Unidos— hace que no resulte difícil prever que a medida de que las posibles soluciones al conflicto de derechos se planteen y adopten no serán del todo satisfactorias para minimizar los efectos de la vulneración de derechos constitucionalmente tutelados en el procedimiento penal.

Deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez a la luz de la imparcialidad judicial

Rafael Jiménez Asensio

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Pompeu i Fabra

I. Presentación

Ciertamente, las presentes reflexiones tienen un encaje complejo en el tema de esta tercera ponencia, cuyo hilo conductor es el derecho a un proceso público y la libertad de información y los derechos fundamentales del detenido, sobre todo en lo que afecta a los juicios paralelos. Soy plenamente consciente de ello. Pero creo, en todo caso, que no está de más reflexionar sobre los derechos y deberes del Juez desde la óptica de la imparcialidad, un aspecto donde —siquiera sea tangencialmente— se abordan cuestiones que tienen que ver con la libertad de expresión de los jueces y, asimismo, con el papel de los medios de comunicación en lo que respecta a la impartición de la Justicia.

El objeto de esta Ponencia es, por tanto, iniciar una labor de aproximación a un tema ciertamente complejo y, hasta la fecha, muy poco tratado por la doctrina en España. En la bibliografía de este breve estudio se contienen algunas referencias a este problema, pero bien se pueda anticipar que, todavía hoy (en el año 2010), el Juez como titular de los derechos fundamentales ha sido un tema que ha merecido muy poco tratamiento doctrinal.

Tampoco ha merecido la atención que requiere el problema relativo a los deberes del Juez o, si se prefiere, al Código deontológico de los Jueces y Magistrados. A diferencia de la atención recibida en otros contextos comparados, los deberes del Juez han sido analizados entre nosotros en clave estrictamente de responsabilidad disciplinaria o de derecho sancionador, no siendo conscientes de que esta es una óptica del problema ciertamente pobre y, posiblemente, muy limitada.

Y no cabe duda que, en ambas cuestiones (deberes y derechos) hay una fuente inagotable de problemas. Pero mi intención aquí es encu-

drar brevemente esta materia en el seno del principio de imparcialidad judicial. O, si se prefiere, pretendo analizar muy brevemente cómo incide el ejercicio de los derechos fundamentales del Juez en el ámbito de la imparcialidad y, asimismo, de qué manera repercute la arquitectura de deberes y responsabilidades del Juez sobre aquel principio.

Ni que decir tiene que lo que aquí sigue es un mero planteamiento de problemas que deberán ser desarrollados con más profundidad en otros momentos ulteriores. La única intención que persigo es, efectivamente, ofrecer un cuadro, más bien incompleto, de una problemática muy compleja y que ofrece soluciones muy dispares, pero al menos poder estructurar sistemáticamente una serie de cuestiones centrales en lo que es el *estatuto constitucional del Juez*, desde la perspectiva del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes recogidos en el bloque de la constitucionalidad y de los que se derivan, igualmente, de su delicada posición en el sistema constitucional.

Obviamente, soy plenamente consciente de las limitaciones de espacio de este trabajo, así que disculpe el lector por el tratamiento muchas veces epidérmico de una batería de cuestiones de enorme complejidad y sobre las cuales se ha reflexionado muy poco entre nosotros.

II. La imparcialidad judicial en la constitución de 1978 y derechos fundamentales del juez

A la hora de analizar este tema, la primera paradoja que se produce es que el texto de la Constitución no se refiere ni una sola vez a la imparcialidad de jueces y magistrados. Es más, la propia Constitución cuando desgrana las notas que caracterizan el estatuto constitucional de jueces y magistrados se refiere a la independencia, pero hace caso omiso de recoger la imparcialidad como principio o guía de actuación de los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial.

En principio, esto no debería sorprender, pues con la excepción de la Constitución de 1812 (y, especialmente, en el «Discurso Preliminar», atribuido a Argüelles), el resto de Constituciones históricas españolas no hicieron nunca referencia, ni siquiera fuera de forma incidental, a la imparcialidad como principio. En el constitucionalismo continental europeo el principio de independencia ha sido el eje fundamental a partir del cual se ha pretendido construir la posición institucional del Poder Judicial y el estatuto de los jueces y magistrados, junto con los principios de inamovilidad, responsabilidad y reserva de jurisdicción.

Se podría, por tanto, presumir que el principio de imparcialidad está implícitamente recogido en el propio principio de independencia,

pero lo cierto es que ambos principios, independencia e imparcialidad, siendo sin duda complementarios, disponen de proyecciones distintas. Y para constatarlo nada mejor que una larga cita de REBUFFA, que describe perfectamente los términos del problema y nos ahorra muchas palabras:

Tradicionalmente —dice este autor— se postula una relación estrecha entre independencia e imparcialidad y se subraya la función de la independencia para la construcción de una imagen de imparcialidad. Con esta última expresión me refiero aquí al modo en el cual el ejercicio de la función judicial, el papel institucional de árbitro entre las partes, viene percibido por la opinión pública, por los usuarios de la administración de justicia. La importancia de la imagen de imparcialidad deriva del hecho que a través de ella se proyecta la legitimación de la función judicial, el consenso previo y la aceptación de sus decisiones, la expectativa de que en cualquier caso sus decisiones serán observadas incluso por la parte perdedora. En conclusión, la imagen de imparcialidad del juez es decisiva para la seguridad de todo el orden jurídico, para el mantenimiento de la su legitimidad.

Estas reflexiones nos sitúan perfectamente ante la dimensión exacta del problema. Sorprende, por tanto, que el constituyente español no haya hecho mención alguna a la noción de imparcialidad, por mucho que se quiera insertar esa idea dentro del principio de independencia, tal como decíamos. Si bien es cierto que donde no hay independencia difícilmente se puede salvaguardar la imparcialidad, pues aquélla actúa como una suerte de *prius*, no lo es menos que, tal como reconoció HEYDE, «corresponde a la naturaleza de la actividad judicial ser ejercida por un tercero imparcial (...). La neutralidad judicial —concluye este autor— es presupuesto para la objetividad de la jurisdicción y, en concreto, un rasgo esencial de toda actividad judicial».

En efecto, desde esta óptica, el Juez no es más que un *agente institucional para la resolución de controversias o conflictos en el Estado Constitucional* y, por tanto, su posición de tercero imparcial (no contaminado de la parcialidad con una de las partes) es la nota distintiva en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Y esta posición institucional —si se me permite la expresión— estratégica en la arquitectura del proceso conlleva, tal como veremos, una necesaria modulación de los derechos fundamentales que ejerce el Juez en cuanto ciudadano que forma parte de un poder del Estado Constitucional, así como pondrá el acento en un conjunto de deberes (o, mejor dicho, responsabilidades) derivados de su posición central en el sistema judicial.

Esta omisión del constituyente resulta más paradójica aún si comprobamos como la Constitución de 1978 sí que recoge el principio de imparcialidad en otros pasajes, aunque aplicado a funcionarios públicos y a los miembros del Ministerio Fiscal. En efecto, sorprende sobremanera la preocupación del texto constitucional porque la actividad de los funcionarios públicos estuviera guiada por el principio de imparcialidad (artículo 103.3 CE) o que el mismo principio se predique de la actuación del Ministerio Fiscal (artículo 124 CE), y sin embargo guarde el silencio más absoluto en relación con la imparcialidad judicial.

Tampoco la LOPJ fue muy receptiva inicialmente con este principio. Frente a la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870, en cuya exposición de motivos sí que se recogen unos excelentes párrafos dedicados a la imparcialidad de los jueces (aunque muy vinculados con la «separación» del juez de la política), el legislador orgánico del Poder Judicial, salvo una referencia incidental, no se hizo eco de la imparcialidad hasta las sucesivas reformas de ese texto legal que se produjeron a partir de mediados de la década de los noventa.

Ciertamente esas ausencias poco a poco se van paliando. Al menos, aunque de forma muy poco sistemática, la imparcialidad ha ido encontrando acomodo en la propia LOPJ. Posiblemente en la necesaria reforma integral que de esta ley ha de hacerse, y estimo que de forma inmediata, sería muy oportuno que la imparcialidad de jueces y magistrados recibiera un tratamiento acorde con la importancia que el principio tiene como elemento estructural en el funcionamiento del Poder Judicial. La imparcialidad es no sólo un principio vertebral del funcionamiento del Poder Judicial sino sobre todo una regla existencial de la propia función jurisdiccional, pues donde no hay Juez imparcial no puede haber justicia ni juicio justo.

La imparcialidad judicial, como decíamos, está estrechamente vinculada con el principio de independencia. Y, además, con el fin de garantizar ese principio de independencia, pero también con la finalidad de evitar la colusión de intereses que pueda estar en la raíz de una tacha de parcialidad del Juez, es como se construye todo el sistema de incompatibilidades judiciales. En efecto, si se examina la Ley Orgánica del Poder Judicial, bien se podrá convenir que ese sistema de incompatibilidades, y de «prohibiciones» (como reza de forma expresiva el enunciado del Capítulo II, del Título II, del Libro IV de la LOPJ), tiene como finalidad principal salvaguardar la independencia de los Jueces y Magistrados, pero también proteger la imparcialidad en su actuación concreta.

El sistema de incompatibilidad tiene un objeto prioritario que es insertar una serie de impedimentos o prohibiciones en el estatuto del

Juez con la finalidad de que no se lleguen a producir colusión de intereses entre el objeto del conflicto que deba dirimir y su propia actuación o intereses. De ahí que se le impida que desempeñe alternativamente determinadas actividades y cargos.

Pero sobre este tema no me interesa detenerme. Aunque sí quisiera hacer referencia aquí a una cuestión de indudable importancia en relación con el tema de la imparcialidad: me refiero a las complejas y difíciles relaciones entre Juez y Política, pero que lo podríamos encuadrar en un tema mucho más general y que, hasta la fecha al menos, no ha recibido toda la atención doctrinal que se merece: el estatus constitucional del Juez como titular de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

En efecto, la sucinta referencia constitucional del artículo 127.1 CE, que veda a los jueces y magistrados, así como a los fiscales, la pertenencia a partidos políticos y a sindicatos, puede suscitar interesantes reflexiones sobre su alcance y finalidad. Todo apunta a que se pretende salvaguardar la independencia (y, aunque nada se dice al respecto, también la imparcialidad del Juez), pues el artículo 127.2 CE precisamente se ocupa de la materia de incompatibilidades.

David Ordóñez Solís llevó a cabo en 2004 un completo estudio sobre las complejas relaciones entre Jueces y Política, que ahorran ahora cualquier comentario adicional sobre este mismo tema. Igualmente, la profesora Serra Cristóbal en ese mismo año reflexionó sobre la libertad ideológica del Juez y los problemas que se plantean en ese ámbito. En cualquier caso, a pesar de estas y otras importantes reflexiones doctrinales, entre las que cabe citar aquí la magnífica contribución del profesor Delgado del Rincón (aunque escorada hacia el terreno de la responsabilidad no huye de afrontar algunos problemas que tangencialmente se tratan en esta sede, como es sin duda el del régimen disciplinario) o de la profesora Martínez Alarcón que, analizando el problema de la independencia judicial, se adentra, aunque sea tímidamente en las cuestiones relativas al alcance de las restricciones recogidas en el artículo 127.1 CE.

Pero esa interdicción constitucional no deja de suscitar innumerables dudas, pues la prohibición constitucional, como es obvio, no puede impedir que los Jueces y Magistrados tengan ideología e, incluso, de forma más o menos evidente, la expresen en sus resoluciones judiciales. Pero las relaciones entre Jueces y Política plantea innumerables frentes de conflicto que no pueden ser tratados en esta sede (sobre algunos de ellos ya me ocupé en un trabajo publicado en 2002). Por sólo recordar algunos, podemos traer aquí a colación la configuración del órgano de gobierno del Poder Judicial cuya lógica de poli-

tización (o de colonización por los partidos políticos) ha sido hasta la fecha el lastre fundamental de su mal funcionamiento y de su pérdida creciente de legitimidad institucional. Los nombramientos discrecionales para órganos gubernativos y para Magistrados del Tribunal Supremo y Constitucional han estado, por lo general, manchados de la impronta partidocrática que el órgano tiene o, en algunas ocasiones de reflejos de amiguismo o (peor aún) de vetos evidentes de enemistades o conflictos larvados con el tiempo. Y esto también tiene serias consecuencias sobre la imagen de imparcialidad de nuestros tribunales de justicia que, guste más o guste menos, también se ve afectada por estos datos.

Sinceramente no creo que el reciente Reglamento 1/2010, de 25 de febrero, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, mejore en exceso las cosas. Ciertamente, se introduce la previsión de que los nombramientos «discrecionales» se ajustarán al principio de mérito y capacidad, lo cual es un paso importante ya que la discrecionalidad debe quedar, al menos, condicionada por el vigor y entereza de tales principios. Asimismo, se establece un procedimiento dotado de una cierta publicidad. Pero los problemas parecen seguir subsistiendo, pues el reparto de cuotas o las filias y fobias de cada vocal siguen estando presentes en un alambicado y deslegitimado sistema de nombramientos judiciales, que en ocasiones —no pocas— produce sensaciones de auténtico bochorno cuando la prensa airea las preferencias de unos y otros por uno u otro candidato.

Problema distinto, pero no menos importante, es el tránsito de la Política a la Judicatura o la marcha del ejercicio de funciones jurisdiccionales para desempeñar cargos públicos y el retorno al ejercicio de funciones jurisdiccionales. Ambos planos del problema no dejan de plantear en momentos concretos situaciones en las que se pone en tela de juicio la imparcialidad objetiva o subjetiva, según los casos, y han dado lugar a recusaciones de distinto carácter, algunas de ellas de notable importancia y recientemente resueltas por la importante Sentencia del TDEH caso Vera c. España de 6 de enero de 2010 (y los importantes, asimismo, votos particulares).

El cúmulo de problemas que se pueden suscitar en esta materia de las relaciones entre Jueces y Política son notables: desde el papel de las asociaciones judiciales en este terreno (como instrumentos sustitutivos de unas restricciones constitucionales innegables a los jueces de disfrutar el derecho de asociación política y de libertad sindical), hasta cuestiones más puntuales como son el acceso a la carrera judicial, sea a través de cualesquiera de los turnos de acceso) de personas que han

tenido una militancia política contrastada (e, incluso, que han desempeñado cargos institucionales de cierta relevancia) o, asimismo, de la participación de los Jueces en determinados actos públicos convocados por determinadas fuerzas políticas. El artículo 395.1 LOPJ va más lejos, puesto que prohíbe a los jueces y magistrados concurrir «a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial». Esta prohibición presenta un complejo encaje con la Constitución, salvo que sea interpretada de forma muy limitada en su alcance y aún así se plantearían problemas.

Otro ámbito en el que también la imparcialidad puede verse muy afectada, sobre todo en casos puntuales, es el relativo a las relaciones entre jueces y medios de comunicación social, más en concreto el ejercicio de la libertad de expresión por los Jueces y Magistrados. Es una cuestión que está directamente imbricada con el ejercicio de los derechos fundamentales de los Jueces y Magistrados, que en principio no tendría otras restricciones que las derivadas de su función y del deber de reserva que se anuda a la misma. Pero sus conexiones con la imparcialidad son también directas.

Evidentemente un Juez puede ser muy libre de opinar y emitir juicio sobre ámbitos muy diferentes de la realidad política, social y económica. Como cualquier ciudadano. Pero, en todo momento, debe ser consciente que es parte integrante de un poder constitucional del Estado, y asimismo que sus opiniones o juicios que vierta sobre determinados ámbitos pueden ser en un futuro más o menos inmediato esgrimidos como argumento para justificar su apartamiento de un caso concreto.

Lo que evidentemente no debe hacer nunca un Juez es introducirse en querellas dialécticas en los medios de comunicación con las partes en el proceso, ya sea a través de manifestaciones escritas o de opiniones vertidas oralmente y luego reproducidas. Las lecciones concretas que nos dan los casos de Hormaechea (STC 162/1999) y Buscemi (STEDH, de 27 de septiembre de 1999) inciden de forma clara y precisa en el deber de reserva que debe rodear la actuación del Juez en el caso concreto, lo que no debe ser interpretado como un rechazo a cualquier contacto del Juez con los medios, sino únicamente a que no debe inmiscuirse en aquellos debates mediáticos que puedan poner en tela de juicio su necesaria imparcialidad o su condición de tercero ajeno a los intereses de las partes en el proceso.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado algunas sentencias que han abordado temas relacionados con la justicia y los medios de comunicación, por ejemplo la STEDH de 24 de noviembre de 2005 (sobre publicación en prensa de actos del procedimiento) o la

más reciente STEDH de 19 de enero de 2010 (*Laranjeira Marques da Silva c. Portugal*). Pero sobre este tema se detienen otras ponencias de este mismo Curso.

Sin duda hay muchas otras cuestiones que pueden afectar directa o indirectamente a la imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional y que asimismo están vinculadas con el disfrute de derechos fundamentales (libertad ideológica y de creencias, derecho de asociación, por ejemplo, en organizaciones no gubernamentales, entre otras), pero que no pueden ser tratadas en esta sede.

Dentro de esos derechos fundamentales de Juez destaca sobremanera uno de ellos que requeriría una atención especial desde la óptica de su ejercicio, como es el derecho a la libertad de expresión. Algo ya se ha dicho antes, pero está todavía por construir dogmáticamente cuáles son los límites del ejercicio de ese derecho por parte de los jueces. Es obvio que, desde una perspectiva más general, el Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé expresamente como límite al ejercicio de ese derecho «la imparcialidad del poder judicial» (artículo 10.2 CEDH). Pero aquí particularmente nos interesa subrayar los complejos problemas que se pueden producir en el ejercicio de ese derecho por parte de jueces y magistrados por las opiniones y manifestaciones que emitan como ciudadanos. Más complejo aún es el caso de las opiniones técnicas, sobre todo si estas se encuentran conectadas con el ejercicio de funciones jurisdiccionales en el Tribunal Supremo o en el Tribunal Constitucional. El tema ha sido atentamente estudiado por Lorena Bechmaier, pero conviene destacar en esta sede que recusar a un Magistrado del Tribunal Constitucional por sus opiniones doctrinales (por mucho que estas se hayan recogido en un Informe y hayan sido objeto de publicación por una de las instituciones parte en el proceso) es uno de los mayores despropósitos que se hayan podido dar en los tiempos recientes. El caso «Pérez Tremps» será, posiblemente, analizado con calma y distancia y se podrá fácilmente llegar a la conclusión que por esa angosta senda es por la que ha caminado el Tribunal Constitucional hacia su propio desprestigio como institución. Hay veces que poner mucho el acento en presuntas «parcialidades» puede tener el efecto querido al deseado. Y esta es una de ellas.

Pero lo realmente importante a nuestros efectos radica en que la imparcialidad como principio de actuación de los Jueces y Magistrados debe conectarse con el ejercicio de la función jurisdiccional y con su proyección sobre un caso concreto, en el que, de modo efectivo o de forma indirecta, puede ponerse en tela de juicio la imparcialidad del juzgador. No obstante, para tener una proyección cabal del problema,

se debería analizar de forma más detenida el «derecho fundamental al Juez Imparcial» (cosa que aquí no haremos), pues allí podríamos encontrar respuesta a alguna de las preguntas que someramente hemos formulado en esta parte.

Tan sólo una referencia incidental a otro tema ciertamente «de moda», como es el ejercicio del derecho de huelga por los Jueces y Magistrados. No es mi intención detenerme en este complejo problema cuyo correcto análisis requeriría un espacio y un conocimiento del que ahora carezco. El profesor Alejandro Nieto ha analizado el problema, pero no tanto desde la óptica constitucional del ejercicio del derecho sino desde un enfoque analítico de lo que fue su ejercicio durante las últimas convocatorias de huelga por parte de los jueces y magistrados. Mi percepción particular es que, vedado como está para jueces y magistrados el ejercicio de la libertad sindical y reconducida ésta a un «asociacionismo corporativo», difícilmente se les puede reconocer a tales funcionarios (miembros además de un Poder constitucional del Estado) el ejercicio de tal derecho. La interdicción del artículo 127.1 CE en lo que afecta al ejercicio de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 CE, se proyecta de forma diáfana —a mi juicio— sobre el derecho de huelga, que es —si se me permite la expresión— la manifestación más fuerte del ejercicio de la acción sindical cuando se dan por rotas las negociaciones correspondientes para alcanzar unos determinados acuerdos.

III. Imparcialidad judicial y deberes de los jueces y magistrados

Si el aspecto relativo a los derechos fundamentales del Juez y su conexión con la imparcialidad judicial ha sido objeto de un escaso tratamiento, menos atención ha merecido entre nosotros la conexión entre tal principio y el conjunto de deberes y responsabilidades que los Jueces y Magistrados deben desarrollar en el ejercicio de sus funciones.

Como ha reconocido la profesora Bachmaier Winter, en la mayor parte de los documentos e instrumentos internacionales sobre independencia judicial se alude a la imparcialidad y a la conducta que deben adoptar los jueces para preservarla. Su trabajo, como hemos visto, se encuadra en el análisis de la libertad de expresión de los Jueces y es desde esa óptica desde la que lleva a cabo un detenido análisis de una serie de documentos y textos internacionales que hacen hincapié en el campo de la imparcialidad judicial, pero sobre todo, por lo que ahora interesa, determinan unas pautas o un código de conducta dirigido a salvaguardar tal imparcialidad.

Y entre ellos cita, por ejemplo, *The Siracuse Draft Principles on the independence of the judiciary* (1981); *International Bar Association Standards of Judicial Independence* (1982); la «Declaración Universal sobre la Independencia Judicial» (1983); *The Universal Charter of the Judge* (1999); *American Bar Association Model Code of Judicial Conduct* (2004); y, en fin, los «Principios de Bangalore sobre la conducta judicial» (2002).

En estos últimos, por ejemplo, cuando se trata de la Imparcialidad se recogen las siguientes reglas de conducta:

(...) 2. Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del Juez y de la judicatura.

3. Un Juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones que en las cuales pueda ser necesario que el Juez sea descalificado para conocer de o decidir sobre asuntos.

4. Cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un Juez, el Juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El Juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto.

Aunque muy sesgado hacia la problemática de la libertad de expresión de los Jueces, las reglas de conducta citadas nos sitúan en algunos de los problemas centrales de lo que es la actuación de los Jueces:

- a) En primer lugar, como ya hemos visto en el caso de los derechos, los Jueces ven limitada el ejercicio de su libertad por el desempeño del cargo institucional que ostentan, dado que su conducta personal es enormemente representativa de la institución a la que pertenecen. Dicho de otro modo, la conducta que adopte un Juez no es indiferente a la institución del Poder Judicial, pues al fin y a la postre el Juez es una suerte de «espejo» de la institución al que los ciudadanos dirigen sus miradas. Como ha sido magistralmente tratado por Javier Gomá en su libro *La ejemplaridad pública*, el Juez, en este caso como funcionario cualificado del Poder Judicial, debe mostrar una conducta intachable desde la perspectiva personal, porque si no sus efectos pueden repercutir —como inmediatamente se verá— sobre la propia institución.
- b) En efecto, como ha venido reconociendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una dilatada jurisprudencia, de la salva-

guarda de la imparcialidad judicial depende en buena medida la confianza que los ciudadanos mantengan en la Justicia y, en consecuencia, la propia legitimidad del Poder Judicial. La conducta del Juez tanto en el proceso como fuera del proceso no es indiferente a esa acentuación o recorte de esa confianza que los ciudadanos muestran en su Administración de Justicia (*rectius*, Poder Judicial).

- c) También de esas reglas de conducta se deriva la conclusión de que, sin perjuicio que la actividad «privada» del Juez o la que realiza fuera del proceso no es indiferente para la legitimación de la institución, lo cierto es que la zona de mayor protección es la que se proyecta en la actuación del Juez dentro del proceso o de las actuaciones que el Juez realiza en relación con asuntos que conoce en la condición de tal. Es aquí efectivamente donde la imparcialidad juega en su pleno desarrollo o sentido, es decir, en su campo natural. El «deber de reserva» en este caso alcanza su máxima intensidad y el Juez debe evitar, a toda costa, caer en las tentaciones o en las redes que le pueden tender las partes en el proceso para manchar su posición de imparcialidad.

Pero estos aspectos son más conocidos o transitados, menos lo es el dato de que los Jueces y Magistrados deberían estar sometidos a un Código deontológico o de conducta profesional que disciplinara su actuación como profesionales al servicio del Poder Judicial, pero en cierta medida regule asimismo cuál ha de ser su conducta «externa» en la medida en que ésta pueda influir en la credibilidad del propio Poder Judicial. Y los ejemplos pueden ser numerosos: ¿es indiferente al Poder Judicial la conducta de un Juez que alcanza publicidad mediática por invocar la condición de tal cuando debía ser sometido a una prueba de alcoholemia?; ¿carece de efectos en la legitimación del Poder Judicial cuando un miembro del mismo es condenado por un delito de violencia de género o por cualquier otro delito?

Sin embargo, no acudamos a situaciones «límite» o «tan fuertes» y vayamos a la cotidianeidad del trabajo judicial. ¿Tiene alguna repercusión sobre la imagen de la Justicia la conducta que el Juez tiene con los abogados, testigos o con cualquier perito?; ¿cabe que un Juez, por el hecho de serlo, se muestre arrogante, distante, frío, o trate con indiferencia o, incluso, con desprecio, a las personas que trabajan en la Oficina Judicial y que, al fin y a la postre, no son más que sus colaboradores?; ¿Es, en definitiva, neutra la actitud del Juez para con las personas que colaboran con la Justicia o la demandan?; ¿Es neutra, asimismo, la actitud del Juez respecto con el personal al servicio de la Administración de Justicia?

Evidentemente nada de esto es indiferente. El Juez, cada Juez, marca un estilo propio de relacionarse con Abogados, Fiscales, Secretarios, personal al servicio de la Administración de Justicia o con los propios ciudadanos (usuarios del servicio público de la Justicia; esos que despectivamente nuestro lenguaje judicial denomina «justiciables»).

Estas reflexiones vienen a cuento porque de lo que se trata, en definitiva, no es tanto de cumplir debidamente con unos deberes y obligaciones profesionales en cuanto funcionarios públicos que son, que también, sino que creo que ha llegado el momento —tras más de treinta años de desarrollo constitucional— de poner el acento en *la conducta de Juez en relación con los demás actores institucionales del proceso y con los ciudadanos*. Dejemos ahora de lado la relación del Juez con la opinión pública a través de los medios de comunicación, que ha sido objeto de referencia en momentos anteriores de esta Ponencia.

Creo sinceramente que nuestro sistema judicial debería incorporar de forma definitiva un Código de conducta de Jueces y Magistrados que incorpore las reglas de deontología básicas de la profesión de Juez (pues al fin y a la postre es una profesión), así como las reglas de conducta que una persona debe respetar como Juez que es con el fin de salvaguardar la imagen del Poder Judicial y de reforzar la legitimidad de ese mismo Poder frente a los ciudadanos.

No vale, en consecuencia, alegar que ya disponemos de un régimen disciplinario convenientemente desarrollado desde la perspectiva legal y aplicado por los órganos del gobierno del Poder Judicial. Se trata, como veremos de inmediato, de algo cualitativamente distinto. Si se me permite la expresión se trata de una suerte de «prius»: hemos construido, curiosamente, un detallado régimen disciplinario en la función judicial sin haber previamente definido cuáles son los valores de la institución que merecen especial protección, así como sin definir también con carácter previo cuáles son los principios éticos y las reglas de conducta que deben rodear la actuación de tales profesionales.

Es verdad que los códigos de conducta tienen honda raigambre en el mundo anglosajón, pero también lo es que con inusitada fuerza (aunque sea lentamente) están entrando, como veremos, en el ámbito de las Administraciones Públicas continentales y, también incluso, de los sistemas judiciales de corte asimismo continental.

No es menos cierto que en los diferentes ámbitos profesionales se han implantado Códigos de conducta de indudable importancia para regular la deontología en la actuación profesional de cada colectivo. Esta es hoy en día ya una constante.

Pero recientemente, aunque todavía de forma un tanto tibia, esos códigos de conducta se han trasladado al mundo de la Política

o, cuando menos, a la alta administración. Un ejemplo de esta tendencia, aunque sea muy limitado en su rango normativo, es la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos. En alguna Comunidad Autónoma como es el caso de Galicia se ha aprobado incluso una Ley con ese objetivo.

Pero más relevante a nuestros efectos es el salto cualitativo dado en su momento (al menos desde la perspectiva formal) por parte del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril). En efecto, partiendo de un certero diagnóstico que en su día hiciera el «Informe para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público» de 2005, dirigido por el profesor Sánchez Morón, la citada Ley 7/2007 incorporó un Capítulo específico dentro del Título III denominado «Deberes de los Empleados Públicos. Código de Conducta».

El citado Informe ponía de relieve cómo la legislación española había descuidado tradicionalmente esta materia, así como la propia OCDE y el Consejo de Europa han impulsado la asunción de tales códigos por los Estados miembros de esas organizaciones con la finalidad de fortalecer las relaciones e incrementar la confianza entre las instituciones públicas y los ciudadanos.

Porque, efectivamente, el código de conducta si algo persigue es garantizar un mejor servicio a los ciudadanos y reforzar el principio de «buena administración», que está en el sustrato de toda la configuración del modelo de implantación de tales códigos.

Inspirado en el propio Acuerdo del Consejo de Ministros sobre el Código de Buen Gobierno, el EBEP detalla en su artículo 52 una serie de deberes de los funcionarios públicos (habría que reconocer que se tratan más bien de «principios» tal como inmediatamente reconoce el citado artículo), en el artículo 53 se ocupa de lo que se denomina como «principios éticos» y el 54 tiene por objeto los principios de conducta.

Sin perjuicio de que la técnica legislativa y los contenidos puedan ser objeto de algún reparo, lo importante en este caso es que por vez primera el empleo público en España (pues sus previsiones se extienden tanto a personal funcionario como laboral, así como al sector público empresarial) dispone de un Código ético y de conducta de aplicación general.

Por tanto, una vez más, el empleo público (o la función pública) va por delante de la propia estructura judicial o, incluso, del personal al servicio de la Administración de Justicia.

La pregunta que cabe hacerse a partir de aquí es hasta qué punto es necesario o conveniente aprobar un Código ético o de conducta

para los miembros del Poder Judicial en España, teniendo en cuenta que su estatuto viene fijado en la propia Constitución y ha sido desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es cierto que alguna reflexión ya se ha producido en España sobre este mismo tema. Efectivamente, en el 24 Congreso de la Asociación Jueces para la Democracia, celebrado en Tarragona el mes de mayo de 2009, se aprobaron unas Bases para la discusión en la primera comisión sobre modelo de Juez, elaboradas por Begoña López Anguita, Julio Martínez Zahonero y Carlos Gómez Martínez.

Y en este importante documento se recogen una serie de interesantes consideraciones sobre el código ético y el modelo de Juez, que no podemos repetir en esta sede, pero el citado texto comienza preguntándose por la trascendencia que en estos momentos ha adquirido la ética judicial y trae a colación para ello algunos recientes documentos. Dice así el citado texto: El de la ética judicial es un tema de moda. El debate sobre la ética judicial se ha desarrollado, sobre todo, en los últimos años paralelamente al nuevo protagonismo del juez. Han surgido textos sobre esta materia donde no los había: Principios de Bangalore de Ética Judicial, de 2002; Opinión número 3 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa, de 10 de noviembre de 2002, sobre «principios y reglas que han de regir la conducta profesional de los jueces, en particular, la ética, el comportamiento incompatible y la imparcialidad»; Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en 2006; y, Código de Ética de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprobado el 23 de junio de 2008.

Ciertamente existe una corriente cada vez mayor que intenta trasladar al sistema de justicia y, particularmente, a los Jueces y Magistrados, la elaboración y aprobación de Códigos Éticos o de Conducta de tales profesionales. Aparte de la larga tradición que en estos temas tienen los sistemas anglosajones, conviene traer a colación aquí el Código Ético de los Magistrados ordinarios italianos, aprobado el 7 de mayo de 1994.

Pero también resulta muy interesante bucear, siquiera sea epidérmicamente, por la situación existente en Francia, donde a partir del artículo 18 de la Ley de 5 de marzo de 2007, relativa al reclutamiento, a la formación y a la responsabilidad de los Magistrados (que modifica el artículo 20 de la Ley Orgánica número 94, de 5 de febrero, sobre el Consejo Superior de la Magistratura), se suscita la elaboración de una Carta Deontológica de los Magistrados (*Recueil des obligations déontologiques des magistrats*). Este «*Recueil*» ha sido publicado recientemente por el Consejo Superior de la Magistratura (Daloz, París, 2010) y contiene, sin duda, elementos de notable interés para abrir un proceso de reflexión en España sobre la utilidad de tales Códigos Éticos.

Es una guía de conducta y no realmente un código disciplinario, lo cual es muy importante resaltar aquí, puesto que ensaya situar cuál es el papel de los magistrados (tanto jueces como fiscales: *magistrats du siège* y de *parquet*) en el Estado de Derecho, así como en un complejo sistema judicial en el que interactúan numerosos actores institucionales y, sobre todo, que debe prestar atención especial a las demandas e intereses de los ciudadanos. Los principios, comentarios y recomendaciones que se contienen en ese «*Recueil*» tienen por objeto garantizar el buen funcionamiento del servicio público de la Justicia.

A tal efecto, la ley exige de los magistrados que sean independientes e imparciales, así como íntegros, y les reconoce los derechos y obligaciones que resultan de estos principios fundamentales, que son la base de la confianza de los ciudadanos en la institución judicial, pero asimismo de la dignidad y honor de la institución y de las personas que la forman. Todo ello implica que la conducta de los magistrados deba estar guiada por la probidad, por la lealtad, por el respeto a la ley, por la protección de los derechos fundamentales (derechos y libertades públicas), por el deber de reserva y, en fin, por el respeto y la dignidad de los que se dirigen a la Justicia o colaboran con ella, así como de la propia institución a la que prestan sus servicios profesionales.

La reforma constitucional de 2008 ha incluido específicamente como competencia del Consejo Superior de la Magistratura «las cuestiones relativas a la deontología de los magistrados» (artículo 65 Constitución de la V República Francesa), que pasa a ser una competencia propia del Pleno del Consejo Superior de la Magistratura.

Pero llegar aquí no ha sido fácil, pues hizo falta la modificación de la Ley de 2007 y la reforma constitucional de 2008, pero sobre todo vencer algunas fuertes resistencias (que todavía están ancladas) en la magistratura francesa frente a la elaboración del citado Código.

En un interesante trabajo publicado ya hace algún tiempo, Guy Canivet y Julie Joly-Hurard, exponían los primeros pasos de este largo proceso que se remonta a los primeros años de la primera década del siglo *xxi* e, incluso, que hunde sus raíces en tiempos pretéritos. Estos autores, dentro de lo que denomina «riesgos a evitar», ponen el acento en una cuestión en nada menor: «es importante que la deontología sea efectiva y convenientemente distinguida de la disciplina y del régimen disciplinario de los magistrados» (2004, 116). La conclusión que esbozan no puede ser más clara: «La deontología no debe servir únicamente a los objetivos disciplinarios; en otras palabras, el comportamiento no conforme a las exigencias deontológicas no debe necesariamente conducir a la sanción» (2004, 117).

Esta es, sin duda, una de las objeciones que más se invocan frente a los Códigos éticos o de conducta de los magistrados: su relativa inutilidad, puesto que —se estima— el derecho disciplinario da cumplida respuesta a tales exigencias. Y aquí, en efecto, se comenta un error importante de percepción: sin perjuicio del relativo parentesco que, en algunos casos, pueda haber entre códigos éticos y de conducta y el propio régimen disciplinario, lo cierto es que la finalidad y objetivos que tienen tales códigos es muy distinto y distante a la del régimen disciplinario, pues no se trata de otra cosa que de modelar conductas de los jueces y magistrados con el fin de reforzar la institución judicial y la confianza que los ciudadanos deben mostrar en su sistema de justicia.

Un país continental acostumbrado a traducir en «sanción» cualquier incumplimiento (ilícito administrativo) no termina de digerir plenamente la trascendencia cultural, social e, inclusive, política, que tienen tales códigos de conducta.

Los autores citados apuestan por la creación de un órgano específico adscrito al Consejo que ejerza funciones de control del cumplimiento o incumplimiento del Código ético, pero en estos casos lo fundamental es que se interiorice en la cultura judicial un sistema de valores que implican por parte de los actores privilegiados del sistema como son los jueces y magistrados una serie de conductas y de comportamientos éticos en el desarrollo de sus funciones.

Para ello es enormemente importante la inserción de la ética judicial o de la deontología en la programación de la Escuela Judicial, tanto en lo que afecta a la formación en acceso como a la formación continua. La inversión en formación, en difusión de valores, así como en trasladar la importancia que los códigos de conducta y la ejemplaridad de los jueces tienen sobre el conjunto del sistema institucional es un paso adelante.

Una sociedad, como es la nuestra, que está —tal como dice José Antonio Marina— educada en la cultura de la queja, debe llevar a cabo un decidido empeño por difundir la cultura de la responsabilidad, de las obligaciones y de los deberes. Ser Juez, guste más o guste menos, es una elección personal, y quien la adopta debe saber que su actuación profesional, así como en cierta medida también personal, va a ser mirada como una suerte de espejo de la institución.

Por último no quisiera terminar esta breve Ponencia sin hacer referencia al importante documento elaborado por el Grupo de Trabajo de la Red Europea de Consejos de la Justicia, titulado *Judicial Ethics. Report 2009-2010*, que en otro momento analizaré con más detalle, dada la trascendencia que el contenido del mismo tiene.

Únicamente quisiera traer aquí a colación muy sucintamente algunas cuestiones que allí se tratan. A saber:

- a) Se parte del criterio —tal como venimos indicando aquí— que los principios de conducta profesional de los jueces refuerzan la confianza de los ciudadanos en la institución y permiten que la sociedad conozca mejor el rol de tales jueces.
- b) Las sociedades actuales reclaman cada vez más transparencia en el funcionamiento de las instituciones públicas y también del sistema judicial.
- c) Los valores o principios deontológicos que deben guiar la actuación de los jueces (y que se analizan de forma detenida en el documento citado) son los siguientes:
 - a. La independencia, que no se configura como privilegio de los jueces, sino como derecho de los ciudadanos a beneficiarse de un poder judicial independiente.
 - b. La integridad, que debe informar el desarrollo de la actuación del juez en interés de la justicia y de la sociedad, y que se concreta en la probidad, en la dignidad y en el honor.
 - c. La imparcialidad, como ausencia de todo prejuicio o de ideas preconcebidas cuando se juzga o en los procedimientos previos al juicio.
 - d. La reserva y discreción, que conlleva un complejo equilibrio entre los derechos del ciudadano-juez y las limitaciones ligadas a su función, que se manifiesta con mayor intensidad en la vida pública (relación con los medios de comunicación y motivación de sus decisiones, así como por el rol pedagógico que juega), así como en la vida privada.
 - e. La diligencia, tanto en el tratamiento de los asuntos como en los plazos, sin perjuicio de la calidad de sus decisiones.
 - f. El respeto y la «escucha», que se manifiesta, por un lado, en la consideración que el juez debe tener a las partes y a los ciudadanos, así como, por otro, en la capacidad de oír atentamente a las partes, testigos o a los propios ciudadanos.
 - g. Igualdad y tratamiento, que implica tratar igualmente a todas las personas que comparecen en los juzgados y evitar cualquier tratamiento de menosprecio o desconsideración.
 - h. La competencia profesional acreditada y actualizada.
 - i. Y, en fin, la transparencia, importante en la sociedad actual, tal como se ha dicho, y de necesaria (y compleja) interiorización por nuestros jueces y magistrados.

Junto a todo ello el citado Documento incluye una serie de «cualidades o virtudes» que deben tener los jueces, tales como «la sabiduría, la lealtad, la humanidad, el coraje, la seriedad y la prudencia, el trabajo, la capacidad de escuchar y la comunicación. Buena parte de ellas conforman una suerte de «competencias profesionales y personales» que deberían acreditar nuestros jueces antes de ingresar en la carrera judicial o, cuando menos, ser formados convenientemente para adquirir tales competencias. Pero resto es una cuestión que trataré en otro momento. Dejémoslo aquí.

Bibliografía

- BACHMAIER WINTER, L.: *Imparcialidad Judicial y Libertad de expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- CAVINET, G., JOLY-HURARD, J.: *La déontologie des magistrats*, Dalloz, París, 2004.
- CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE: *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, París, 2010.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, CEPC, Madrid, 2002.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Imparcialidad judicial y derecho al Juez Imparcial*, Thomson/Aranzadi, 2002.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: *La independencia judicial*, Madrid, 2004.
- NIETO, A.: *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2010.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *Jueces, derecho y Política. Los poderes del Juez en una sociedad democrática*, Thomson/Aranzadi, 2004.
- SERRA CRISTÓBAL, R.: *La libertad ideológica del Juez*, Universidad de Valencia, 2004.

La acción de juzgar en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial

Ignacio José Subijana Zunzunegui
Magistrado. Audiencia Provincial de Guipúzcoa

I. Introducción

Las últimas reformas legales en materia orgánica y procesal¹ persiguen alcanzar, entre otros los siguientes objetivos:

- Reubicar al Juez en el papel constitucional que tiene reconocido de ejerciente exclusivo de la potestad jurisdiccional y garante de los derechos en los términos establecidos por las leyes².
- Conferir al Secretario Judicial las siguientes tareas: el impulso del proceso³, la fijación de los juicios orales conforme a las pautas normativas establecidas y los criterios jurisdiccionales estipulados⁴,

¹ En especial, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

² En el orden constitucional la jurisdicción se identifica con la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, función que, en exclusiva, se atribuye a jueces y tribunales independientes e imparciales sujetos al imperio de la ley (artículos 117.1 y 3 CE). En el plano doctrinal la jurisdicción se concibe como la actividad del Estado para la actuación del orden jurídico mediante la composición de los conflictos intersubjetivos mediante la aplicación del Derecho objetivo.

³ El artículo 456 LOP dispone, en su número primero, que el Secretario Judicial impulsará el proceso, acordando, en su número segundo, que, a tal efecto, dictará las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquellas que las leyes procesales reserven a Jueces o Tribunales.

⁴ En el orden penal los artículos 659 y 785 LECrim estipulan que el Secretario Judicial establecerá el día y hora en que deban comenzar las sesiones del juicio oral conforme a los criterios generales y las concretas y específicas instrucciones que fijen los Presidentes de Sala o de Sección que tendrán en cuenta las siguientes situaciones: la prisión del acu-

la documentación de los actos procesales⁵ y la dirección de la gestión técnico-procesal de la Oficina Judicial⁶.

—Organizar la Oficina Judicial conforme a los parámetros de eficacia, eficiencia, transparencia y responsabilidad⁷.

El objeto de esta reflexión es analizar cómo se inserta la acción de juzgar en esta estructura normativa. La acción de juzgar puede ser examinada a la luz de tres planos axiológicos: el estructural, el ontológico y el funcional. La perspectiva estructural disecciona el espacio en el que se desempeña la tarea de juzgar. Pondera, de esta manera, la significación del rol que cada interviniente desarrolla en el escenario donde se juzga en la medida que ello refleja el valor simbólico que asignamos a cada uno de ellos. La perspectiva ontológica trata de discernir los elementos factuales que identifican la acción de juzgar. En la decisión judicial se aprecian fragmentos secuenciales que integran momentos específicos del proyecto de vida de las personas. En otras palabras: se juzgan hechos, no personas, pero se trata a personas, no a hechos. La perspectiva funcional atiende a los objetivos que pretenden cumplirse con la función de juzgar. Responde a la dimensión comunitaria de la acción de juzgar, en la que se perfilan los fines que como colectivo organizado tratamos de obtener con la implantación y organización de un sistema institucional de justicia.

sado, el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, las demás medidas cautelares personales adoptadas, la prioridad de otras causas y la complejidad de la prueba propuesta o cualquier otra circunstancia modificativa.

⁵ El artículo 454.1 LOPJ determina que los Secretarios Judiciales son responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los Jueces y Magistrados, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley.

⁶ El artículo 457 LOPJ dispone que los Secretarios Judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la Oficina Judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función.

⁷ La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, abandonó la concepción de la Secretaría de Juzgado o Tribunal como unidad de organización autónoma y autosuficiente para impulsar una estructura en la que se integran los servicios comunes procesales —que son las unidades de la Oficina Judicial que, sin estar integradas en un órgano judicial concreto, asumen labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales— y las unidades de apoyo directo —que son unidades de la Oficina Judicial que directamente asisten a Jueces y Magistrados en la ejercicio de las funciones que les son propias—.

II. La perspectiva estructural en la acción de juzgar

La acción de juzgar tiene lugar en un espacio institucional —que denominamos procedimiento— en el que se encuentran presentes el Estado, los acusados y las víctimas.

El Estado representa a los intereses de la comunidad de dos formas disímiles: una, ejerciendo la acusación frente a los que, de forma fundada, aparecen como responsables de la comisión de delitos que presentan un interés público relevante; otra, determinando si, conforme a la legalidad, es factible la condena de las personas frente a las que se ejercita la acusación. La tarea de acusar la ejerce el Ministerio Fiscal⁸; la de juzgar, Jueces y Tribunales independientes e imparciales.

Los acusados son las personas frente a las que se ejercita la acusación. Como tales tienen derecho a conocer los términos de la acusación y defenderse de la misma, gozan de la presunción de inocencia y tienen que ser juzgados en un plazo razonable.

Las víctimas son las personas que han sufrido un daño injusto que se afirma ha sido causado por la infracción penal que se estima cometida por los acusados. En tal condición deben ser informadas del desarrollo del procedimiento (incluida la celebración del juicio y la sentencia que recaiga en él), pueden tomar parte activa en el mismo a través de su propia representación y defensa jurídica, y tienen derecho a la asistencia transdisciplinar y la protección intraprocesal así como a la reparación del daño.

La estructuración de la Oficina Judicial, como organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional —artículo 435.1 LOPJ— debe posibilitar la máxima satisfacción posible de los intereses del Estado, de los acusados y de las víctimas. Es la única forma de obtener el cumplimiento de las exigencias de la justicia procedimental, que precisa la consecución coetánea hasta el máximo de lo posible de los intereses representados por cada uno de los intervinientes. Aquí radica toda la reflexión sobre la opción a ejercitar cuando el conflicto entre los valores representados por cada uno de los intervinientes no puede ser compuesto a través de la satisfacción de todos los intereses de forma coetánea y con la misma intensidad (a modo de ejemplo: tutela judicial efectiva de las víctimas y presunción de inocencia de los acusados).

⁸ De forma complementaria y contingente la posición acusadora la pueden ocupar también las víctimas, ejerciendo la acusación particular, y los grupos específicos de la sociedad civil, promoviendo la acción popular.

La consecución de estos fines —ineludibles para una prestación jurisdiccional efectiva y eficiente— hará precisa, entre otras labores, una actividad modélica en el cumplimiento de las exigencias normativas en materia de información de derechos de las partes (para permitir un juicio equitativo), una diligencia máxima en la práctica de las notificaciones, citaciones y emplazamientos (para posibilitar el derecho de acción y de defensa) y, finalmente, un permanente impulso material del procedimiento (para garantizar agilidad en la consecución de los objetivos pretendidos con la actividad jurisdiccional).

En este sentido parece adecuada, desde el plano de la versatilidad organizativa, el replanteamiento estructural de la Oficina Judicial, promovida en las últimas reformas, mediante la diversificación de las tareas de gestión y apoyo en la ejecución de tareas comunes de los órganos judiciales y las funciones de asistencia a los jueces y tribunales en la específica tarea jurisdiccional que se desarrolla.

III. La acción de juzgar y la perspectiva ontológica

La acción de juzgar tiene un componente factual: la descripción de los hechos que se estiman cometidos. La selección, por lo tanto, del segmento vital que va a ser objeto del denominado juicio jurisdiccional. En esta tarea la Ley 13/2009 ha introducido modificaciones en tres materias: la dispensa de la obligación de declarar —artículo 416LECrím—, la prueba preconstituida —artículo 448 LECrím— y la reproducción de la grabación del debate probatorio en el segundo grado jurisdiccional —artículo 791 LECrím. Las dos primeras regulaciones afectan a la conformación del cuadro probatorio; la tercera a la valoración del citado cuadro probatorio.

1. El artículo 416.1 LECrím estipula que están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. En estos casos, el precepto dispone que el Juez instructor advertirá al testigo de que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignando el Secretario Judicial la contestación que diere a esta advertencia. Termina el precepto ordenando que si el testigo se encuentra en alguna de estas relaciones parentales con uno o varios de los procesados,

estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pueda comprometer a su pariente.

El mantenimiento de la dispensa legal, cualquiera que sea su fundamento político criminal⁹, deja latente el debate sobre la legitimidad de la inserción en el cuadro probatorio de las informaciones de los parientes emitidas en fase sumarial. Existen líneas jurisprudenciales¹⁰ que han legitimado el uso de declaraciones sumariales cuando la afirmada víctima acude a la dispensa legal del deber de declarar. El fundamento es evitar situaciones de impunidad en específicas modalidades de violencia intrafamiliar.

Sin embargo, esta opción jurisdiccional provoca un decaimiento de las exigencias jurídicas que permiten calificar un acto jurídico como prueba, con el consiguiente debilitamiento del estándar de calidad probatoria. Y ello por las siguientes razones¹¹:

- La libre decisión de la afirmada víctima de abstenerse de declarar en el juicio oral, constituye el ejercicio de un derecho legal que no puede ser neutralizado mediante la valoración de la declaración sumarial. Por lo tanto, ejercido el derecho al silencio, no está justificada la conversión de una diligencia sumarial —cuya eficacia jurídica es permitir la preparación del juicio oral— en un medio de prueba —cuya virtualidad es posibilitar la elaboración de un juicio de certidumbre respecto a los hechos discutidos—.
- El artículo 714 LECrim tiene como premisa la existencia de contradicciones entre las declaraciones emitidas en el sumario y las formuladas en el juicio oral. Por lo tanto, son precisos dos relatos de la *misma* fuente de prueba, sin que el contraste pueda realizarse entre el aporte cognitivo ofrecido en un testimonio sumarial y el silencio guardado en el plenario. Y es que cuando no se declara, nada se dice en el juicio oral y, consecuentemente, ninguna contradicción se puede desprender del silencio, que nada afirma o niega respecto a lo declarado en el sumario.
- El artículo 730 LECrim disciplina que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario,

⁹ Tal y como se refleja en la STS de 26 de marzo de 2.009, la razón de la inexigibilidad de una conducta procesal de relevación de la obligación de testimonio se encuentra ora en los vínculos de solidaridad familiar entre el testigo y el imputado, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar o asimilado.

¹⁰ En esta línea cabe mentar, entre otras, las SSTS de 14 de noviembre de 2005, 21 de julio de 2006 y 20 de diciembre de 2006, 13 de marzo de 2007 y 12 de febrero de 2008.

¹¹ Recogidas en las SSTS de 27 de enero y 10 de febrero de 2009.

que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. Este artículo presupone la no comparecencia de la fuente de prueba que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la afirmada víctima ejerce en el juicio el derecho a no declarar.

2. El artículo 448 LECrim determina que si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario Judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. Por el Secretario Judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

Termina el precepto disponiendo que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Este precepto debe complementarse con lo dispuesto en los artículos 777.2 y 792.2 LECrim que, en relación con las diligencias previas y las diligencias urgentes, estipula que cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

La prueba preconstituida —cuando tiene lugar ante el Juez de Instrucción— y la prueba anticipada —cuando se desarrolla ante el Juez o Tribunal sentenciador pero antes del juicio— constituyen unas excepciones al principio general según la cual los actos probatorios se desarrollan en el juicio oral, ámbito institucional en el que concurren las garantías de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad. La validez

de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada precisa el cumplimiento de las siguientes pautas:

- La existencia de una imposibilidad de práctica de la prueba en el Juicio Oral por falta de disponibilidad de la fuente de prueba como premisa legitimadora. En términos normativos esta situación se circunscribe en el sumario, a los supuestos en los que los que existe un riesgo fundado de que la fuente de prueba no esté disponible en el juicio oral ora por ausentarse del territorio nacional ora por existir un motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual (artículo 448 LECrim), y, en las diligencias previas y urgentes, a que se pueda temer razonablemente que la prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral por razón del lugar de residencia del testigo¹² o víctima o por otro motivo (artículos 777.2 y 797.2 LECrim).
- El respeto a la garantía de contradicción en su práctica, confiéndose oportunidad efectiva de participar al Ministerio Fiscal, a la Acusación Particular, si la hubiere, y al imputado y su Abogado Defensor.
- El cumplimiento de la exigencia de constancia de todo lo narrado por la fuente de prueba mediante la grabación en soporte audiovisual del acto probatorio o, en su defecto, a través de la consignación de las preguntas y respuestas en acta redactada por el Secretario Judicial.
- La subsistencia de la imposibilidad en el momento de la celebración del Juicio Oral, puesto que si, por cualquier razón, desapareciera la misma, la fuente de prueba deberá comparecer en el juicio oral.
- La introducción de la prueba anticipada en el juicio oral mediante la reproducción de la grabación videográfica o la lectura de la diligencia extendida por el Secretario Judicial.

Sin embargo (y esta es una cuestión de gran transcendencia victimológica) sigue sin regularse de forma expresa la prueba anticipada en los supuestos de víctimas especialmente vulnerables, con especial mención a los menores de edad. A estos efectos, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatus de la víctima en el proceso penal, obliga a brindar a los sujetos pa-

¹² La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, SSTs de 10 de marzo y 28 de diciembre, ambas de 2009) ha negado la equiparación de imposibilidad con residencia en el extranjero en los casos en los que es factible la práctica de la prueba en juicio acudiendo a las normas de asistencia recíproca internacional en el ámbito penal.

sivos de hechos delictivos que sean especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación (artículo 2, apartado 2), con específica mención a que las víctimas, y sobre todo las más vulnerables, testifiquen en condiciones que permitan su efectiva protección frente a las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, permitiendo que puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho (artículo 8, apartado 4). Esta Decisión Marco, si bien no tiene un efecto directo (artículo 34, apartado 2, letra b del Tratado de la Unión), sí tiene un carácter vinculante en cuanto al resultado que deba conseguirse, lo que obliga a las autoridades judiciales nacionales a interpretar las normas de su derecho interno ajustándose a los términos de las Decisiones Marcos. Así lo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en la Sentencia de 16 de Junio de 2005, identificada como «Caso Pupino», en la que establece que la regla de trato específico de las víctimas especialmente vulnerables debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de un ilícito penal violento presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta¹³.

En ausencia de regulación legal, corresponde a la jurisdicción la determinación de cuándo concurre una imposibilidad de comparecencia del menor, como víctima especialmente vulnerable, al juicio, con la potencial inseguridad jurídica que esta opción conlleva¹⁴. En todo caso, una exégesis holística de los artículos 448, 777.2 y 797.2 LECrim a la luz de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil¹⁵ y 11.2 y 13.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁶, justifica la exoneración de la presencia del menor en juicio

¹³ En el caso Pupino se enjuiciaba unos malos tratos de una profesora a unos niños a los que impartía docencia. El tribunal nacional había condenado a la profesora en base a una declaración anticipada de los mismos ante el Juez de Instrucción.

¹⁴ Para muestra un botón: véanse las disímiles posiciones presentes en la STS de 10 de marzo de 2009.

¹⁵ El precepto dispone que el Juez, de oficio o a instancia de parte legítima, acordará, dentro de cualquier proceso civil o penal, las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

¹⁶ El artículo 11.2 menciona como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal y la evitación de toda

cuando su intervención, cualquiera que sea la modalidad de su práctica —contemplando, por tanto, todas las opciones específicas previstas en nuestra legislación—, pueda provocar al menor un daño psíquico significativo, incluso irreversible.

3. El artículo 14.5 PIDCP de 1966 estipula que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Por lo tanto, en el orden penal, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene, en la vertiente de acceso jurisdiccional, una garantía adicional para el acusado: frente a lo previsto en el resto de órdenes jurisdiccionales y lo regulado para el resto de las partes (donde el derecho al recurso es de configuración legal) el acusado condenado en la instancia tiene un derecho constitucional (en cuanto integrado en el artículo 24.1 CE) al recurso para que un órgano judicial de grado superior revise el fallo condenatorio y la pena¹⁷.

En el plano de los hechos el derecho al recurso del acusado puede articularse acudiendo a dos modelos¹⁸. El primero instaura la segunda instancia como un segundo juicio en el que el Tribunal de grado jurisdiccional superior determina si el acusado es culpable a partir del debate probatorio que se desarrolla en su presencia. En este modelo deben existir, por lo tanto, dos juicios de culpabilidad emitidos por órganos jurisdiccionales diferentes. El segundo concibe la segunda instancia como un juicio de revisión o juicio sobre el juicio en el que el tribunal de apelación comprueba si el juicio de culpabilidad emitido por el juez de instancia se asienta en razones válidas y suficientes para enervar el derecho a la presunción de inocencia. En este modelo existe un

interferencia innecesaria en la vida del menor. El artículo 13.3 determina que en las actuaciones de los poderes públicos se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

¹⁷ La jurisprudencia constitucional viene estableciendo, desde la STC 42/1982, de 5 de julio, que en materia penal el legislador debe prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitucional ex artículo 10.2 CE— consagra en su artículo 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo establecido en la ley.

¹⁸ Las SSTC 70/2002, de 3 de abril, 105/2003, de 2 de junio, y 136/2006, de 8 de mayo, refieren que el artículo 14.5 PIDCP no exige un derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio sino, más bien, que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto.

juicio de culpabilidad que el tribunal de grado superior estima fundado para concluir que el acusado cometió el hecho que se le imputa.

El recurso de apelación diseñado en la LECrim (artículos 790 y ss) responde al modelo que configura la segunda instancia como un juicio de revisión del pronunciamiento de hecho del juez de instancia¹⁹. Por ello, la práctica de la prueba en la segunda instancia está circunscrita a los casos, tasados legalmente, en los que ha existido una vulneración del derecho a la prueba de la parte en el juicio de instancia (denegación injustificada de pruebas pertinentes propuestas en tiempo y forma; falta de práctica de la prueba admitida por causas no imputables a la parte proponente) o no ha sido factible ejercer este derecho en la instancia (prueba que no pudo proponer en la instancia).

Este modelo legal contempla como uno de los motivos de impugnación del recurso de apelación frente a la sentencia de instancia²⁰ el error en la apreciación de las pruebas (artículo 790.2 LECrim). Es posible diferenciar tres modalidades del error probatorio: el error de hecho, que se produce cuando concurre una equivocación en la consignación de lo relatado o narrado por las fuentes de prueba; el error de asignación de cualidad jurídica que acaece cuando se atribuye el carácter de prueba a un acto que no tiene esta consideración constitucional y legal; y, finalmente, el error de derecho que surge cuando se confiere a una prueba una significación incompatible con las exigencias del principio de racionalidad valorativa.

En el error de hecho existe una inadecuada determinación de la premisa. En el error de asignación de cualidad jurídica concurre una indebida atribución de naturaleza a una fuente de información. En el error de derecho acaece una injustificada inferencia conclusiva.

Esta concepción del error probatorio permite que la revisión del tribunal de apelación se extienda a todos los elementos integrantes del juicio de hecho sin exigir, para ello, que el órgano de revisión realice una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Analicemos el porqué.

El *error de hecho* se produce cuando el juez de instancia atribuye a un medio de prueba una información que no ha dado (así, se dice lo que la fuente de prueba no ha dicho o se omite lo que sí ha afirmado). El análisis de esta cuestión precisa la máxima fidelidad en la consigna-

¹⁹ Como destaca la STC 16/2.009, de 26 de enero, nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de nuevo juicio, con repetición íntegra del debate probatorio.

²⁰ Los otros dos son quebrantamiento de las normas y garantías procesales o infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

ción de lo narrado por las fuentes de prueba personales en el juicio, garantizándose la genuinidad de lo consignado en fuentes de prueba documentales a partir de la verificación de la autenticidad e integridad de los documentos concernidos. Esta exigencia explica que el artículo 743.1 LECrim determine que el desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, y prevea, en el artículo 791 LECrim, que los escritos de formalización o de alegaciones de la apelación puedan contener una petición de reproducción de la prueba grabada en la instancia.

El *error de asignación de cualidad jurídica* acaece cuando el juez de instancia atribuye a un acto procesal el calificativo de prueba cuando no merece tal consideración. La resolución de esa cuestión precisa analizar las condiciones jurídicas que presidieron la incorporación de la información al procedimiento en aras a verificar si el conocimiento se obtuvo en el juicio oral —hipótesis de prueba genuina— o, procedente de la fase sumarial, se introdujo en el plenario fundándose en la ley y respetando las exigencias de contradicción y publicidad —hipótesis de prueba derivada—.

El *error de derecho* se genera cuando la valoración de la prueba es incompatible con las exigencias del principio de racionalidad, al apartarse de la lógica, infringir los conocimientos científicos o desviarse injustificadamente de las máximas de experiencia social. Estos casos denotan una falta de argumentación en la justificación de la decisión probatoria que, como luego examinaremos, tiene disímiles efectos según se trate de razones que validan una condena o de razones que justifican una absolución. Con este entendimiento del error probatorio no se vulnera la doctrina del Tribunal Constitucional (fijada desde la STC 167/2002, de 18 de septiembre) que estima se produce una quiebra del derecho al proceso con todas las garantías cuando el tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuadas por el juez de instancia y agrava, en base a ello, la situación jurídica del acusado al trocar un pronunciamiento absoluto en otro condenatorio o agravar el pronunciamiento condenatorio²¹. Y ello porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia; 29 de octubre de 1991, caso Helmers. c. Suecia y 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c.

²¹ La STC 16/2.009, de 26 de enero estima que el contacto directo entre el juez y la fuente de prueba permite a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y no verbales del declarante y, en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho.

Rumania) ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo cual es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar.

Por lo tanto, el tipo de cuestiones a examinar en la apelación, la manera en que las mismas han sido analizadas por el tribunal de apelación y la función que la apelación juega en el orden jurídico son los criterios que determinan que sea exigible o no la inmediación probatoria. Y resulta que en nuestro ordenamiento jurídico la función de la apelación no es permitir un nuevo juicio sino revisar un juicio practicado en otra instancia y las cuestiones de hecho que pueden plantearse (únicas respecto a las cuales sería exigible la inmediación probatoria) no justifican un nuevo examen de la prueba por el tribunal de apelación sino, única y exclusivamente, una verificación de la regularidad y racionalidad del juicio probatorio de la instancia. Un examen, por lo tanto, de la existencia de prueba, de su validez y de la suficiencia racional de la misma para fundar una declaración de culpabilidad. Y la factibilidad de este planteamiento se encuentra en la propia doctrina del TEDH, cuyo desarrollo argumental se encuentra en la STC 120/2.009, de 18 de mayo. Las SSTEDH de 29 de octubre de 1.991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, de 5 de diciembre de 2.002, caso Hoppe c. Alemania y de 16 de diciembre de 2.008, caso Bazo González c. España, explicitan «(...) que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos, por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio». La STC 120/2009, de 18 de mayo, explicita que no en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmediación. Y ello, no sólo porque la exigencia de inmediación únicamente es exigible de las pruebas personales (permitiendo, por tanto, la ponderación en la alzada de la prueba documental), sino también porque decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esta prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posi-

bles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación.

El discurso referido (en el que claramente se vislumbra que el control de la racionalidad de la argumentación probatoria de la sentencia de instancia es una materia ajena a la inmediación pues no es un examen de credibilidad del testimonio sino de calidad de razones inculpativas o exculpativas) se cierra en la misma sentencia con la siguiente reflexión conclusiva: «(...) no siempre la resolución de un recurso de apelación en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precisa de la celebración de una audiencia pública contradictoria, si el Tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el Tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez a quo y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados».

Precisamente, si la doctrina del Tribunal Constitucional ha excluido de su prohibición de valoración en la alzada a la prueba indiciaria cuando la revisión únicamente afecta a la inferencia (manteniéndose, por lo tanto, la totalidad de los hechos base o indicios) es precisamente porque se estima que en estos casos no se examina la credibilidad de la fuente de prueba a partir de un examen del modo y manera en que depone o testifica sino la validez y suficiencia de la deducción argumental del juez que conduce del punto de partida conocido (los hechos indiciarios) al punto de destino que se estima probado (el hecho conclusivo). Es decir, se examina la racionalidad del juicio probatorio contenido en la sentencia de instancia. El mismo planteamiento, a nuestro juicio, es predicable de la prueba directa, en la que el tribunal de apelación no verifica la fiabilidad de la fuente de prueba a partir de lo percibido sino, más, bien, la calidad de las razones esgrimidas por el juzgador de instancia para estimar creíble lo narrado²².

²² Esta construcción del error probatorio responde a la pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que la ponderación de la prueba se estructura en dos niveles: en el primero se determina lo percibido sensorialmente por el órgano judicial; en el segundo, se explicita los argumentos o razones que justifican la decisión probatoria.

Los tribunales de apelación actúan, consecuentemente, como tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verifican la solidez y razonabilidad de las conclusiones, confirmándolas o rechazándolas, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria (así, SSTs de 28 de octubre y 14 de diciembre, ambas de 2.009). La verificación de la calidad de las razones justificativas de la decisión de instancia tiene como premisa el disímil contenido de la revisión en el segundo grado del juicio de hecho de la instancia según se trate de una sentencia absolutoria o de una sentencia condenatoria. Si la sentencia es condenatoria la ausencia o insuficiencia de razones que justifiquen la culpabilidad del acusado conlleva una lesión de su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) dado que el acusado tiene el derecho a que la sentencia que afirma su culpabilidad de asiente en razones probatorias válidas y suficientes. Consecuentemente, el efecto jurídico será la revocación de la sentencia condenatoria y la emisión de otra de naturaleza absolutoria en la medida que se produce una condena sin razones suficientes para fundamentar una declaración de culpabilidad.

Sin embargo, si la sentencia es absolutoria, debe diversificarse el tratamiento de la motivación ausente o la motivación ilógica o absurda de la motivación lógica pero discutible. Así: la ausencia o irracionalidad del discurso probatorio reflejará una sentencia carente de motivación que conllevará su nulidad de pleno derecho y el reenvío de la causa al juez de instancia para que cumpla su deber de motivación factual, dado que existirá una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) que, en atención a su naturaleza revisora, no puede subsanarse en la segunda instancia²³; por el contrario, la argumentación asentada en razones discutibles no legitima al tribunal de apelación a revocar el pronunciamiento absolutorio y emitir otro de contenido condenatorio porque el derecho a la acción que asiste a la parte acusadora no viene integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo condenatoria (a modo de presunción de inocencia invertida²⁴)

²³ Al constituir un juicio sobre el juicio previamente realizado, debe contar con el presupuesto de una sentencia de instancia suficientemente motivada, no sólo en lo relativo a la subsunción, sino, también y antes, en lo que se refiere a la cuestión factual.

²⁴ La STC 9/2.008, de 21 de enero, refleja la pacífica doctrina al respecto en los siguientes términos: «(...) si bien la Constitución no otorga ningún derecho fundamental a obtener condenas penales, ello no implica que la víctima del delito no tenga derecho, en los términos que prevea la legislación procesal pertinente, a acudir a un procedimiento judicial para la defensa de los mismos; y tampoco comporta que en el seno de dicho proceso no puedan verse lesionados sus derechos. Por ello, este Tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, estricta-

sino, en todo caso, a recibir una resolución de fondo motivada y este último derecho se satisface con la emisión de una sentencia fundada en un discurso justificativo lógico.

IV. La acción de juzgar y la perspectiva funcional

La perspectiva funcional de la acción de juzgar reflexiona sobre los objetivos que tratan de lograrse con la misma. Básicamente son tres: formular una respuesta congruente con las pretensiones formuladas; hacerlo en un plazo razonable y ejecutarla de la forma más satisfactoria para el cumplimiento de los disímiles intereses concurrentes.

1. La congruencia judicial exige una correlación entre la pretensión ejercitada y el pronunciamiento jurisdiccional emitido. En el orden penal, la adecuación entre lo pedido y lo resuelto tiene su máxima expresión en el principio acusatorio²⁵ que impide que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acusó (por todas, STC 347/2006, de 11 de diciembre). Inicialmente la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimaron que el principio acusatorio abarcaba los hechos y la calificación jurídica, sin extenderse a la pena. Este discurso consideraba, por lo tanto, que el órgano judicial no podía condenar por un hecho distinto al introducido por la acusación, o, manteniendo el hecho, tenía prohibido, también, condenar por un delito distinto al objeto de acusación (salvo los supuestos, en este último supuesto, de homogeneidad delictiva). Se estimaba que, en ambos casos, se vulneraba el derecho de defensa del acusado —quien no había podido defenderse de una acusación inexistente— y se quebraba la imparcialidad del órgano judicial —que, desmarcándose de su neutralidad institucional, había suplantado a la acusación—. Se entendía, sin embargo, que el órgano judicial estaba facultado para imponer una pena más grave que la solicitada por la acusación, siempre que se tratara de una pena legalmente prevista y se motivara adecuadamente el sentido de la decisión. Este último discurso se modificó en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que, «(...) como un paso más en la protección de

mente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del art. 24.2 CE.

²⁵ No es la única expresión del deber de congruencia, pues pueden existir otras infracciones al deber de congruencia vinculadas a la omisión de respuesta a las pretensiones de la acusación o defensa, ámbito en el que se desarrolla la vía de integración o complementación recogida en el artículo 161 LECrim.

los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad en el proceso penal (...)» se concluyó que «(...) solicitada por las acusaciones la imposición de una pena del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre la acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso».

Esta exigencia de congruencia es predicable de las dos instancias. En la primera, la pretensión de las partes se fija en los escritos de calificación definitiva donde las partes delimitan los hechos que sustentan, deslindan los injustos penales que imputan a los acusados y, finalmente, postulan la propuesta punitiva cuya asunción pretenden en el plano jurisdiccional (así SSTC 228/2002, de 9 de diciembre y 35/2003, de febrero). En la segunda instancia el objeto se integra por las pretensiones de las partes ejercitadas en sus escritos de interposición y adhesión. El artículo 790.1 párrafo segundo LECrim, siguiendo lo que ya estaba previsto en la regulación del recurso de apelación frente a las sentencias del Tribunal de Jurado ante el Tribunal Superior de Justicia y lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 27 de abril de 2005 para el recurso de casación, implementa en el recurso de apelación frente a las sentencias de los Juzgados de lo Penal la denominada adhesión supeditada, en virtud de la cual la adhesión permite la formulación de pretensiones autónomas y disímiles a las planteadas por el apelante, si bien la vigencia de esta adhesión queda supeditada a que el apelante mantenga su recurso de apelación.

2. La sentencia debe ser emitida en un plazo razonable, exigencia ineludible de todo sistema de justicia eficaz. La dilación indebida —un *aliud* respecto a la respuesta tardía— constituye la vulneración de uno de los derechos fundamentales (artículo 24.2 CE) que integran el arquetipo de juicio justo o proceso debido. Existe dilación cuando la tardanza es severa y no responde a la complejidad del asunto; es, además, indebida cuando obedece a un deficiente funcionamiento del sistema institucional de Justicia.

En el orden penal se entiende que la dilación indebida es un mal que el condenado ha tenido que soportar por una actuación injustificada del Estado que el propio Estado debe compensar mediante una

atenuación de la pena (por todas, SSTs de 15 de junio de 2006 y 3 de diciembre de 2007).

3. Finalmente, la sentencia debe ser ejecutada lo que, en términos generales, constituye una materialización de los pronunciamientos contenidos en su fallo equivalente a lo designado normativamente como ejecución de lo resuelto en sus propios términos (artículo 18.2 LOPJ). Sin embargo, en el orden penal, cuando la sanción impuesta es privativa de libertad, la afección que tal decisión conlleva en el derecho fundamental a la libertad (artículo 17.1 CE) justifica que, además de la ejecución en sentido estricto mediante el ingreso en un centro penitenciario, se contemplen modelos ejecutivos que conlleven la inejecución condicionada de la pena (artículos 80, 81 y 87 CP) o la sustitución de la misma por penas menos aflictivas como la pena de multa o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 88 CP).

Los sistemas de ejecución regulados en el Código Penal responden al modelo restaurativo. Este modelo implementa, entre otras reglas, el criterio de la proporcionalidad punitiva según el cual, en cada caso, debe optarse por el sistema de ejecución que, incidiendo de manera menos aflictiva en el derecho a la libertad personal del penado, permita la consecución de los siguientes objetivos:

- Una satisfacción del interés comunitario en que la sanción penal sea un remedio válido y útil para preservar los intereses básicos de las personas que integran la sociedad.
- Una asistencia y protección a las víctimas encaminada a la reparación del daño causado.
- Una reinserción social del penado, con la evaluación de los factores criminógenos que favorecen la recidiva y la implementación, en su caso, de una estrategia de contención de los mismos.

Por lo tanto, la articulación de los diversos modelos está presidida por la vigencia del principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación efectiva de la libertad. Este principio precisa que sólo resulte legítimo acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido, protección idónea de las víctimas y factible reintegración comunitaria del penado. En otras palabras: conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión el juez debe proceder a la inejecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los substitutivos penales previstos en la legislación.

Reformas procesales recientes. Actuación del secretario. Implantación de la oficina judicial

María Reyes San Emeterio Peña
Secretario Judicial. Audiencia Provincial de Vizcaya

*la injusticia, allí donde se halle, es una
injusticia para toda la sociedad*

Martín Luther King

*dentro de mi oía una voz, que me respondía..., porque
siempre es posible mejorar el estado de las cosas...*

Maria Mercedes Sosa

I. Introducción y antecedentes

Es una vieja aspiración sostenida durante largos periodos de tiempo, haciéndose más intensa a medida que ha ido aumentando la litigiosidad y se observaba que las tradicionales formas de resolver las situaciones que se originaban eran insuficientes, advirtiéndose que era necesario organizar de forma diferente la oficina Judicial y simplificar los procedimientos, haciéndolos más acordes con la sociedad moderna; ello, a su vez, requeriría la implantación de un nuevo modelo de oficina judicial y su adecuación a los distintos y reciclados procedimientos a fin de conseguir una administración de justicia ágil, eficaz y eficiente, estas son las claves de las que va a partir la reforma.

Si la Justicia es garantía de los derechos fundamentales y una Institución básica de nuestro Estado de derecho, conseguir que ésta sea cercana a los ciudadanos, que los procedimientos sean ágiles, que las respuestas sean prontas y que la ciudadanía confíe en ella, requiere un punto de encuentro de voluntades, de esfuerzos de todos los operadores jurídicos intervinientes en su administración. Como Poder del Es-

tado está revestida de unas peculiaridades que la distinguen del resto de los poderes, por lo que hace necesario que todas las medidas que se adopten para conseguir su reforma sean producto del consenso, de la reflexión serena y tener siempre presente que la meta a conseguir debiera ser buscar fórmulas alternativas para la solución de los conflictos que no sean únicamente acudir a los tribunales, que la integración de las nuevas tecnologías sea tan estable, segura, compatible que permita un funcionamiento fluido de la administración de justicia, que la actualización de la legislación penal tenga como objetivo satisfacer las necesidades de la ciudadanía. A todo ello debe destinarse las partidas presupuestarias, entonces podremos concluir que se ha mejorado la Justicia.

Sin perjuicio de cuál pueda ser la actitud que se adopte frente a la reforma, en lo que todos estaremos de acuerdo es que los sucesivos cambios sociales, económicos, políticos y tecnológicos, propician una nueva forma de trabajar, con nuevas técnicas y nuevas formas de organización, de la que no puede mantenerse al margen la Administración de Justicia, pero siempre hay que tener en cuenta la especial naturaleza del material con que se trabaja y sus peculiares y complejas características; la reforma es de tal magnitud que no podemos abarcarla en esta mesa, por su propio alcance, y porque el objetivo de mi pequeña intervención sólo es formular algunas consideraciones desde el ámbito de la jurisdicción penal y del punto de vista de la experiencia de a pie.

El Ministerio de Justicia y las CCAA tienen por objetivo garantizar los derechos de los ciudadanos en tiempo razonable, y proporcionarles seguridad jurídica a través de pautas de comportamiento y decisiones previsibles. En cuanto a la razonabilidad del tiempo, mantenía Carne-lutti, *«el problema de la justicia rápida plantea un problema análogo a la cuadratura del círculo. La Justicia si es segura no es rápida y si es rápida no es segura.»*

¿Por qué hemos llegado a esta situación, por qué esta necesidad acuciante de reforma? ¿Cuáles son sus objetivos concretos y alcance? Quizás un brevísimo recorrido por los antecedentes históricos, además de resultar curioso por sí mismo, pueda dar respuesta a algunas de estas interrogantes.

II. Antecedentes históricos

La configuración histórica de la Secretaría Judicial atendía a necesidades muy diferentes a las que hoy reclama la sociedad, y aunque en el devenir de los tiempos se han ido efectuando frecuentes reformas parciales, no han tenido el alcance necesario para evitar disfunciones,

contradicciones, obteniéndose al final resultados claramente insatisfactorios, tanto para los propios profesionales como para el fin que perseguían. Este entusiasmo reformador que nos atribuimos como una gran iniciativa en la forma de organizar algunas parcelas de la Sociedad, en este caso la Administración de Justicia, no es nueva. Ya en la tercera de las Partidas de Alfonso X el Sabio se ponía de relieve la necesidad de hallar una forma diferente de estructurar la administración de justicia de aquel momento histórico, da la sensación de ser un mal endémico. Pero sin embargo, esto no es necesariamente negativo si tenemos en cuenta que si se configura como un servicio público, es una consecuencia normal, porque este servicio, como tal, debe satisfacer las necesidades de cada momento de la historia social y ésta no es estática. Por ello, siempre estaremos en proceso de mejora, porque enmendada una necesidad, ya están en ciernes otras nuevas, reflejo de una sociedad en permanente evolución; el problema se originaría si no se adoptaran las medidas necesarias para su adecuación, máxime cuando en estos momentos, son muchas y frecuentes las innovaciones que brinda una sociedad dinámica, con respecto a las cuales, las administraciones suelen ir a remolque por su esencia natural; se ha de compaginar e integrar las innovaciones en las instituciones jurídicas, que por su naturaleza, deben transmitir seguridad y ésta dimana de su propia estabilidad e inmovilismo, por lo que conservar la seguridad y a la vez incorporar las innovaciones que ofrece una sociedad en permanente cambio es un gran reto y requiere tiempo, no precipitación, como toda obra importante, para que pueda ir consolidándose.

Si nos remontamos por un momento a la Edad Media, podemos encontrar un antecedente en la figura del Escribano o Actuario, «redactor de las actas públicas». Sabemos que el Secretario era el único técnico con conocimientos jurídicos, que daba forma jurídica a las decisiones de un Juez que, en principio, era lego en derecho, además de garantizar los derechos de los ciudadanos con su intervención frente a desmanes abusivos de Jueces sin preparación; eran los titulares de su Secretaría, seleccionaba a los empleados que la integraban, los dirigía, formaba y pagaba sus honorarios, de ahí que el elemento de percepción de ingresos fueran los aranceles.

La primera regulación que existe al respecto es en las Partidas, pero en su contenido no se distinguía entre notario y secretario. La fe pública y judicial se mantuvo unida hasta la Ley del Notariado de 1862, en la que al Secretario se le atribuye una función estatal, configurándose, con carácter independiente, exigiéndole las mismas condiciones que se requerían a los Jueces en la Ley Orgánica de 1870, mientras que sus funciones procesales se le atribuirán mediante el Real Decreto de

1911; han existido distintas y sucesivas categorías y tipos de Secretarios pero acaban unificándose con la ley de 1981, en donde se crea la moderna configuración del Secretario Judicial.

A lo largo el siglo XIX se va consolidando un sistema judicial y organizativo en el que a medida que se va profesionalizando el Juez, van disminuyéndose las competencias de los Secretarios, y a la par, como consecuencia, va perdiendo de alguna forma el poder de la dirección de sus Secretarías; a medida que se van desgajando sus funciones y se establece la superior Dirección de Jueces y Tribunales, se va desdibujando su papel y diluyendo el entusiasmo profesional. No obstante, el sistema de percepción de aranceles, como hoy continúan percibiendo los notarios, se mantiene durante largo periodo de tiempo y condicionó, muchas veces, el funcionamiento de las Secretarías.

La percepción de los sueldos será diferente en función de ciertas variables, como el número de asuntos, la entidad de las causas, de la composición de cada órgano de cada ciudad, por eso en las ciudades importantes los Secretarios eran los que percibían los mayores sueldos, condicionados por la naturaleza de las acciones ejercitadas y el número de folios, esto iba a ser un condicionante determinante a la hora de facturar.

A partir de la Ley de 8 de junio de 1947 se les configura como funcionarios técnicos con funciones propias, y se introduce la percepción de sueldo, reduciéndose de forma progresiva la posibilidad del percibo de aranceles; durante un tiempo conviven diferentes opciones: sueldo, arancel, o mixto, sueldo más el 30% de arancel, pero a partir de entonces, todos los Secretarios Judiciales que fueran ingresando en el Cuerpo tendrán una única percepción de ingresos, el sueldo; y desaparece el servicio para el que fundamentalmente estaba destinada la recaudación de tasas judiciales, lógicamente ya no tienen razón de ser, siendo suprimidas en 1986.

La concurrencia de estas circunstancias acompañadas de sucesivas reformas, en las que no se ponía el acento, precisamente, en su condición de técnicos-procesalistas, va a incidir en el poco claro papel del Secretario Judicial y concluye con la configuración que se mantiene hasta la LOPJ de 1985, en la que si bien se procura garantizar la independencia del Poder judicial, sólo hay pequeños atisbos de reforma de la tradicional organización, con diferente grado de cumplimiento y con un intento de atribuir más competencias a los Secretarios pero que al final, en la práctica, quedó reducido a la nada.

Durante el mandato del CGPJ de 1996-2001 comienza a acuñarse una palabra de nuevo uso, de significado nada gratuito para la profesión, el término «gestor.» Aunque nunca se trasladó al cuerpo las in-

tenciones que podían subyacer, puesto que la explicación pública era la de revitalizar al Cuerpo, fortalecerle, está claro que «el palabro» suponía administrativizar el cargo, separándolo de las funciones propias de su específica preparación, destinada a mantener una estrecha colaboración con la función jurisdiccional. Aún hoy, en pleno proceso transformador, hay mucho debate sobre si es procedente separar las funciones judiciales de las procesales. Los criterios en los que se inspire cada Reforma y el objetivo que con ella se persiga en cada momento será determinante a estos efectos.

Fruto del debate que se abrió es el Libro Blanco de la Justicia de 8 de septiembre de 1997, en donde se ponen de relieve las carencias que padece nuestra Justicia, pero también evidencia la disparidad de criterios sobre la causa que las originaba: algunos se basaban en las reformas procesales, otros consideraban que se debía a una defectuosa estructura organizativa, indefinición de funciones y especialmente se hizo hincapié en la necesidad de rescatar una figura desaprovechada y otorgarle protagonismo con la atribución de nuevas competencias. Desde entonces y hasta estos momentos, no va a dejar de escucharse el término gestión, refiriéndonos con ello al cúmulo de actividades o diligencias a realizar con carácter general que conducen al logro de un objetivo de forma eficaz y eficiente y que pretenden atribuir específicamente al Secretario Judicial, la cuestión es ¿cómo? y ¿qué tipo de atribuciones?

En este contexto comienzan a desarrollarse los primeros intentos de servicios comunes, de notificaciones y embargos, de registro y reparto. Su inicial puesta en práctica evidenciaría los desajustes que se tendrían que ir corrigiendo. Una cuestión son las leyes procesales, a veces difíciles por el complejo entramado que supone y que definen los actos procesales para la tramitación y consecución de los procesos, y otra cuestión es la manera en que se gestionen esas leyes procesales, reguladoras de los actos procesales que se llevan a cabo.

En el incumplimiento de las normas procesales incide el entramado jerárquico de responsabilidades, lo que va a cuestionar la funcionalidad de la planificación jerárquica y burocrática, por muchas razones: por el hecho de que la supuesta dirección de la Oficina se atribuye al Secretario Judicial y la dirección del proceso al Juez; porque no se funcionaba de forma homogénea y coordinada ya que en cada pequeño espacio judicial se actuaba según el perfil de los distintos elementos humanos que la integraban; se mantenía que cada funcionario tramitaba los asuntos conforme a sus propios criterios, sin planificación general alguna. Esto explicaba que la llegada de nuevos funcionarios aseguraba la continuidad de la tramitación que observaba y que por inercia era la

misma, se seguía trabajando como siempre se había hecho y lo que es más, esta era la forma que se recogía en los programas informáticos. Estos ejemplos vienen a ratificar para algunos sectores la necesidad de reformar la organización, para que sea más eficaz, menos repetitiva en los trámites y con respuestas más rápidas y próximas a la ciudadanía.

El Libro Blanco aporta recomendaciones orientadas a una nueva organización de la Administración. de Justicia, con reparto de funciones, separando las funciones jurisdiccionales de las procesales, y comienzan a tener un papel activo las CCAA. Tuvo mucho predicamento entre juristas y responsables políticos intentando plasmarse sus principios en una norma positiva de profundo alcance la LEC de 2000, pero en la práctica, de nuevo, se mantuvo en general el mismo esquema tradicional, acrecentándose la necesidad de la reforma, contribuyendo también a ello la presión que iban ejerciendo los medios de comunicación. Había que establecer un pacto que quedara al margen de devaneos electorales y que independientemente de quien gobernara, el modelo de organización que se estableciera se consolidase, sin perjuicio de que se estructurase de forma flexible. Así se llega al Pacto de la Justicia de 28 de mayo de 2001, con la finalidad encaminada a dar cumplimiento a sus objetivos, como era conseguir una *Justicia rápida, eficaz y de calidad; con métodos más modernos y procedimientos más sencillos, menos complicados, y que cumpla satisfactoriamente el mandato constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos, de proporcionar seguridad jurídica, actuando con pautas de comportamiento y decisión previsibles.*

Paralelamente se firma otro acuerdo entre la Administración Central y las CCAA de 22 de mayo de 2001 donde se prevé el reparto de competencias entre ambas administraciones, asumiendo éstas últimas la Jefatura, Gestión y Organización del personal sin perjuicio de la superior dirección de los Secretarios en lo técnico-procesal. A partir de estos momentos estamos en el proceso de MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Es el 12 de noviembre de 2008 cuando se aprueba el plan estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2011 adoptándose las medidas y acciones necesarias para impulsar esta modernización.

III. Nueva organización judicial

Para desarrollar los principios que se plasmaron en el Pacto de Estado para la reforma de la justicia es por lo que se promulga la Ley 19/2003 de 23 de diciembre que modifica la LOPJ de 1985 y fija los ci-

mientos para la implantación de una nueva Oficina Judicial, para ello, separa las actividades administrativas, las procedimentales, y las jurisdiccionales, de cara a una futura transformación de los procesos; esto requerirá, de nuevo, intentar cambiar el papel del Secretario Judicial apelando a su preparación técnica.

A qué objetivos atiende:

- a) Adaptar la organización de la justicia al estado autonómico.
- b) Situar al Secretario Judicial al frente de esta Oficina Judicial.
- c) Y adaptar la vieja secretaría a las nuevas tecnologías con un programa eficiente y racional de los recursos humanos acudiendo a un sistema más ágil y eficaz.

Esta ley halla su desarrollo normativo en las leyes recientemente publicadas, la Ley de la Reforma Procesal de 13/2009 de 3 de noviembre y la ley complementaria que va a modificar la LOPJ de 3 de noviembre 1/2009.

La oficina judicial (artículos 435 y 436 de la LOPJ) se estructura como un instrumento que sirve de forma exclusiva de soporte y apoyo a la función jurisdiccional, es decir, va a colaborar con el Poder Judicial a quien presta sus servicios proporcionando la infraestructura humana y técnica que necesita, y a la vez, es un servicio público en cuyo funcionamiento deberá atenerse a los criterios de celeridad, eficacia, eficiencia, racionalización, responsabilidad, coordinación y cooperación con las administraciones.

En atención al servicio público que satisface se va integrar por diferentes números de unidades ya que variarán en dimensión y organización dependiendo de las funciones que desarrolle, lo que viene prefijado por las necesidades de servicio público que haga falta atender.

Con esta reforma se pretende dejar atrás la tradicional organización de la Secretaria Judicial al considerar que como cada una lleva la impronta de la persona que ostenta su Dirección se crean desigualdades en su funcionamiento, y de este modo, se intenta conseguir un funcionamiento homogéneo, juicios más rápidos, menos costosos, se rentabiliza el tiempo de trabajo de los funcionarios, se atiende mejor a los profesionales y se proporciona una justicia más próxima a la ciudadanía. Con ser cierta la necesidad de una reforma que tenga por resultado una pronta respuesta de la Justicia al ciudadano, no lo es, que, algunas de las razones que se exponen constituyan el núcleo duro causante de la ralentización de la Administración de Justicia, tradicionalmente esgrimidas por distintos sectores, políticos, unos, y sociales, otros, para tratar de explicar la comprobada insatisfacción de los ciudadanos respecto a la Administración de Justicia, pues esta insatisfacción no proviene tanto de la respuesta que se obtiene, al menos no siempre, sino

en cómo se obtiene y a través de qué procedimientos. Y desde luego, tampoco corresponde con la realidad de los tribunales, en general, y de los colegiados en particular, que el hecho de modificar el sistema de señalamientos vaya a aportar una mejoría notable, porque las largas esperas, cuya reducción se pretende, no siempre es imputable a una mala agenda de señalamientos, hay muchas circunstancias concurrentes a considerar a la hora de efectuar los señalamientos que no dependen precisamente de los Tribunales, máxime después de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; y el sacar el máximo rendimiento de las salas, como se suele argumentar en apoyo de la nueva agenda será una preocupación de gestión interna de los servicios de mantenimiento de los departamentos o unidades administrativas de las CCAA, pero no puede decirse que sea una de las causas influyentes en el vigente sistema de señalamientos, salvo en un único tipo de procedimiento, y de éste, precisamente la Reforma de la que estamos tratando para nada se ha ocupado, como es el Procedimiento del tribunal del Jurado. Origina un tipo de señalamiento complicado, que precisa una previsión de tiempo y medios materiales específicos que siempre conllevan un problema de salas que no existen, con una infraestructura determinada que tampoco han previsto con la reforma y que por lo tanto tampoco se ha resuelto aprovechándose esta oportunidad, y en estos, sí que es determinante haber previsto salas a fin de que la espera sea menor, y no se ha hecho.

Por esto, decimos que el modelo de oficina que se nos ofrece parece que quiere responder a un sistema de organización flexible que permita atender a las necesidades de todos los ordenes jurisdiccionales en cualquier situación o coyuntura; ésa es la declaración de intenciones, y en la práctica ¿cómo se va a proyectar? Porque el orden jurisdiccional penal desde el que hacemos esta exposición, por sí ya es muy singularizado y cuenta con problemas muy específicos pendientes de resolver aún en estos momentos, por lo que quizás hubiera sido más práctico y eficaz no haber realizado una reorganización integral, postergando lo referido a esta jurisdicción para el momento en que se haya resuelto la nueva normativa, pues aún está pendiente la nueva LECriminal. La posible modificación del modelo de Jurado, la entrada en vigor de 144 artículos nuevos del Código Penal (ya es la reforma 25 desde 1995 que afecta a nuestro Código penal). No teniendo resueltas estas cuestiones esenciales agregar una reforma de este calado a la organización de sus Órganos quizá no ayude a conseguir esa imagen de Justicia eficaz y de pronta respuesta.

Supone esta organización un entramado complejo de unidades, no hay una oficina que se adscriba a un órgano judicial, sino que el con-

junto de aquellas va a constituir el apoyo a la función jurisdiccional, quedando identificados los Juzgados y Tribunales en que aquella se desarrolla, sólo por el titular o titulares de aquellos y por las competencias que se les adscribe. De forma paulatina se ha ido sustituyendo la antigua denominación de Secretaría que hacía referencia a la persona que ejercía la Jefatura del personal en ella integrada, el Secretario Judicial, por el de Oficina Judicial, se intenta desjudicializar la actividad que tiene atribuida y por esta vía se separa lo jurisdiccional de la actividad procesal; los trámites procesales se denominarían trámites administrativos. Es la manera en que lo considerado jurisdiccional se residence en el ámbito del Poder Judicial y lo denominado administrativo en el Poder Ejecutivo. Administrativizar las tareas haría posible aplicar las técnicas de gestión de la Empresa privada a la Empresa pública. En realidad supone un trasvase de competencias entre poderes a cuyo frente sitúan al Secretario Judicial por lo que se hace preciso efectuar una reconfiguración del mismo, orgánica y funcionalmente.

El elemento básico de esta nueva estructura organizativa para la racionalización de los esfuerzos es la Unidad. Esta nueva Oficina Judicial estará integrada por dos Unidades: las Unidades de Apoyo Directo y la de los Servicios Comunes Procesales. Estas unidades se definen por las competencias que asumen con el fin de separar los trámites que se van a desarrollar en el ámbito de cada una de ellas. La adjudicación de la agrupación de fases procesales a cada unidad proviene de un estudio teórico que se ha llevado a cabo haciendo un cálculo sobre el hipotético tiempo que invierte un funcionario en el uso de cada modelo de actuación que han recogido en las aplicaciones informáticas, tratando de extraer el tiempo medio que se tarda en la tramitación de cada tipo de procedimiento de, a su vez, cada orden jurisdiccional y multiplicando éste por el número de procedimientos de una ciudad tomada al azar, es de donde se deduce el número de jornadas laborales y en consecuencia el número de funcionarios preciso para la tramitación de un determinado tipo de procedimiento. Esto, como es fácil suponer, es bastante falaz, porque servirá para algún procedimiento específico de la jurisdicción civil o de la jurisdicción social, pero no para los procedimientos de la jurisdicción penal porque son muchas y diferentes las variables procesales a las que hay que atender, que lejos de estar regladas, son además difícilmente previsibles, en consecuencia, no se puede extraer el tiempo medio a invertir en el despliegue de la actividad de un procedimiento penal de forma tan categórica, pues esto sólo sería aplicable a actividades procesales normadas y poco abiertas a situaciones imprevisibles, característica esencial de los procedimientos del ámbito penal.

Por otro lado, como la actividad principal de las Unidades va a venir determinada por la aplicación de las normas procesales, estarán dotadas de personal integrante de los cuerpos de la administración de Justicia, a diferencia de otras Unidades administrativas, en las que va a residir la gestión de medios y materiales a disposición de la Oficina Judicial, que podrán estar integradas por personal de la Administración del Estado, de Justicia o de las CCAA. .

Las Unidades de Apoyo Directo, UPAD, constituyen una organización que sin pertenecer al Órgano Jurisdiccional se adscribe y se integra en el mismo para servirle de apoyo en el ejercicio de su función jurisdiccional, asumen de forma directa e inmediata la tramitación procesal y llevanza de todos aquellos asuntos cuyo conocimiento tenga legalmente atribuidos, realizando todas las actuaciones necesarias para el eficaz cumplimiento de todas las funciones que le son propias, asistiendo de forma directa a jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 452), por lo que en el ejercicio de sus funciones, los Secretarios Judiciales que se encontrarán al frente de ellas, cumplirán y velarán por el cumplimiento de las resoluciones que adopten en el ámbito de sus competencias. Están ubicadas en las actuales secretarías, correspondiendo a cada Órgano Jurisdiccional, unipersonal o colegiado, se prevén tantas como Juzgados, Secciones o Salas, en principio.

La organización interna de cada tipo de unidad viene configurada por las relaciones de puestos de trabajo; estos puestos se supone que atienden a las necesidades de la administración de Justicia propias del ámbito de la Comunidad de que se trate. En estas unidades radicarán las competencias en las que sea preceptiva la intervención del juez.

Se dice que las dotaciones serán las mínimas, por lo que el número de puestos de trabajo que integran estas oficinas y que garantizan el funcionamiento del Órgano jurisdiccional, lo determinará el Ministerio de Justicia o las CCAA, con competencia transferida, previo informe del CGPJ; ahora bien, el que se supone que es el Jefe directo no tiene intervención en su diseño, como tampoco el Presidente de la Sección ni el Juez.

Junto con el Juez o Presidente de Sala, las UPAD constituyen el Órgano jurisdiccional y al frente habrá un Secretario Judicial, aunque por razones de servicio pueden adjudicar al mismo Secretario Judicial más de una UPAD.

De la definición que de las UPAD nos ofrece el artículo 437.1 de la LOPJ, se extrae que al formar parte éstas de la Oficina Judicial se regirán por sus propios principios, de dependencia y jerarquía pero asisten

a Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional independiente y su finalidad es conseguir un eficaz cumplimiento de sus resoluciones.

Lo cierto es que el planteamiento que se ofrece sorprende en la medida de que si bien la singularidad de las UPAD proviene de que su actividad está directamente vinculada con la función jurisdiccional del Órgano judicial en el que está integrado, sin embargo no pertenece a él sino a la Oficina Judicial compartiendo sus criterios y sobre todo unos principios totalmente diferentes a los de aquél.

SERVICIOS COMUNES PROCESALES, *SCOP*, en su creación ha habido diferentes iniciativas durante su gestación. Al principio las propuestas de creación partían de la Sala de Gobierno, Juntas de Jueces, Presidente de Audiencia, Jueces decanos etc. y su aprobación correspondía al CGPJ. Pues bien, en la redacción última, la creación, organización y dirección de estos servicios es competencia del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencia transferida, ellos planificarán la selección del personal.

Los Servicios comunes se dividirán por razón de la actividad concreta que realicen en secciones, y si el servicio lo requiere en equipos, asumiendo cometidos homogéneos con el fin de especializar a los funcionarios en tareas repetitivas, concretas, siempre las mismas. Esta labor de automatización se dice que es con el fin de perfeccionar la tramitación que realizan, sin embargo, se olvida que hay procedimientos en el ámbito de la jurisdicción penal que requieren una labor de interpretación y del uso del sentido común, pues no todas las situaciones son previsibles ni están en consecuencia normadas; puede haber trámites sistemáticos, burocratizados con poco o ningún margen para la interpretación, pero son los mínimos y el actual sistema organizativo cubre este área burocrática, porque ya existen servicios comunes de registro y reparto, servicio común de notificaciones, embargos, por lo que en este ámbito de actuación penal, poca justificación existe para una reforma organizativa que en poco atiende las necesidades específicas del mismo.

Lo que podría constituir piezas esenciales de esta nueva organización de la Oficina Judicial, el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento y el Servicio Común de Ejecución, es donde realmente se suscita la polémica por existir conflictos de intereses, conflictos de competencias e itinerancias de procedimientos en clara contradicción todo ello con el objetivo al que se apela para justificar esta reforma inicialmente global, la racionalización, modernización y mejor aprovechamiento de los recursos personales y tecnológicos y especialmente aprovechar la preparación técnico-jurídica del Secretario Judicial; pero

a la hora de escribir estas líneas lo único que existe es un hipotético diseño de SCOP y SEJ, básico, cuya organización interna variará en función de las necesidades esgrimidas por cada Comunidad y en función también de la partida presupuestaria con la que éstas cuenten. Al frente estará un Secretario Judicial Director del que dependerán los demás Secretarios Judiciales que presten sus servicios en posibles Secciones, pueden ser una o varias, y pueden dividirse por jurisdicciones, o por materias o por cometido concreto en donde ejercerán sus funciones atendiendo al principio de jerarquía y dependencia. No están integrados dentro del órgano Judicial, su funcionamiento viene a ser paralelo y asumen labores centralizadas de gestión y aplicación de las leyes procesales.

En su funcionamiento los Secretarios Judiciales contarán con ciertos instrumentos de trabajo que para determinadas actividades procesales pueden tener efectos prácticos y que podemos agrupar en dos:

- Instrucciones y circulares que les remitan los Secretarios de Gobierno y Secretarios Coordinadores.
- Y los protocolos de actuación en los que se pretende incluir o agrupar la mayor parte de las actividades de quienes integran los equipos, por lo que aquellas actividades que no estén expresamente previstas en las leyes procesales, estarán incluidas en los protocolos; en realidad se sustraen a la iniciativa del Secretario Judicial correspondiente porque deberán ajustarse a unas pautas recogidas en los modelos correspondientes donde les dirán cómo actuar.

Este Protocolo ordena las tareas, la forma de practicarlas, se enumeraran los modelos aplicables en cada supuesto, adjudicando cada situación a un responsable.

Cada Protocolo indicará además de la tramitación correspondiente, las pautas de actuación de cada una de las unidades intervinientes en el procedimiento (Unidad de apoyo Directo, Servicio Común de Registro y Reparto, Servicio Común de Tramitación, Servicio común de Auxilio Judicial, etc.).

Es decir que en la vida de un procedimiento pueden concurrir diferentes Unidades que funcionan de forma independiente a lo largo de la tramitación, lo que supondrá una continua itinerancia de los procedimientos, y el protocolo en la tramitación pretende unificar las diferentes y consecutivas actividades procesales a fin de evitar las complicaciones que en la realidad se pueden ocasionar, a veces me trae a la memoria aquellos pensamientos de cuando estudiábamos derecho procesal y decía Carnelutti, *«hay que tener el valor de decir del proceso,*

que quien va despacio va bien y va lejos, que el proceso, quiere decir, dar un paso después de otro».

Esta herramienta ciertamente puede facilitar la incorporación de un funcionario nuevo a la Oficina, con conocer el protocolo y aplicarlo no tendrá más problema, ni por supuesto más aliciente, puede correrse el riesgo, en la práctica, de llegar a una automatización de la actividad y a diluirse la responsabilidad individual, precisamente, dos efectos que la reforma trata de combatir. Al convertirse el protocolo en la herramienta de trabajo de los integrantes de la oficina, la responsabilidad del Secretario Judicial de cada Servicio Común consistirá en velar para que se cumpla con el contenido de dicho protocolo, con carácter general, es una labor poco creativa que confirma de nuevo el desaprovechamiento efectivo de un miembro del Cuerpo Superior jurídico, en realidad se le hace responsable de que la maquinaria preestablecida funcione, pero en dicho funcionamiento intrínseco no participa, no decide entre las distintas interpretaciones de una norma, la interpretación le viene dada.

¿En dónde queda realmente el refuerzo de las atribuciones del Secretario Judicial en el ámbito de esta Oficina judicial?.

IV. El secretario judicial

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre relativa a la instalación de la nueva oficina judicial contempla también como instrumento favorecedor la redistribución de competencias entre el Juez y el Secretario Judicial, queriendo hacer girar en torno a esta figura la clave de la reforma, mantiene que le son atribuidas junto a competencias de impulso formal del procedimiento, otras denominadas colaterales a la función jurisdiccional, pero indispensables para ella; en la práctica, parece desprenderse que este fortalecimiento de cometidos no son precisamente referidos a decisiones procesales, poniendo más el acento en una función de gestor administrativo por lo que eso no se corresponde con la especialidad judicial para la que está preparado y de la que se habla.

Sin embargo, se pretende dejar claras las atribuciones de competencias de los Jueces en el seno del proceso y las del Secretario Judicial atendiendo a esa capacitación de técnicos en derecho del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que siempre se resalta en todo intento de reforma.

Por tanto, dos son los aspectos en los que incide especialmente la reforma: 1) la distribución de competencias y 2) el reforzamiento de las garantías del justiciable en lo que se refiere a la fe pública judicial.

1. *La distribución de competencias*

La reforma es claramente insuficiente en cuanto a la atribución de funciones al Secretario, porque sin perjuicio de que en el ámbito de otras jurisdicciones haya sido teóricamente más reforzada su función, en lo que se refiere al escenario de la jurisdicción penal sigue tan infrutilizado como siempre.

Es cierto que los derechos en juego requieren un análisis más pormenorizado, y también que tenemos en ciernes desde hace tiempo, la proyección de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que nos indique los procedimientos que vamos a tener y en manos de quién va a residir, al final, la instrucción y que no acaba de ver la luz. Esto dificulta el hecho de introducir reformas claras y auténticas, especialmente en lo relativo a imponer un modelo de organización, que debiera adecuarse a unos procedimientos nuevos y ágiles; pero no es motivo para que en determinadas fases del proceso se hubieran atribuido al Secretario Judicial ciertas funciones, que hubieran supuesto una auténtica descarga de trabajo a la función jurisdiccional, evitándose duplicidad de actuaciones como ahora sucede y que va a seguir sucediendo, porque la adjudicación de competencias, a veces, sólo depende del criterio que se adopte para catalogar de jurisdiccional o no, una función.

Hay situaciones en las que ciertas decisiones adoptadas en el ámbito de la jurisdicción civil pueden implicar efectos materiales fuera del proceso y sin embargo se le han atribuido al Secretario Judicial; lo avenuado en un acto de conciliación, ¿acaso no produce efectos ejecutivos?, la impugnación de la tasa de costas, etc.

En principio se atribuye a los Secretarios Judiciales las competencias sobre trámites que no supongan la toma de una decisión procesal que pueda afectar a una función jurisdiccional. Siempre se ha suscitado polémica en torno a la naturaleza de las funciones del Secretario Judicial, diciéndose que mantenía una doble vertiente. Gimeno Sendra recogía ya la existencia de un doble perfil, de un lado, es de naturaleza administrativa en cuanto Director de la Oficina Judicial y de otro, es de naturaleza jurisdiccional siendo parte integrante del Órgano Jurisdiccional en su calidad de depositario de la Fe Pública Judicial y además es ordenador del proceso.

En este sentido mantenía el propio Carnelutti *«que la potestad jurisdiccional integra un conjunto de facultades (...) que se desarrollan desde el órgano judicial y que la más importante es la de juzgar que corresponde a jueces y magistrados, pero que para poder dictar la sentencia son necesarias las competencias de Ordenación, Instrumentación y Documentación por ser imprescindible en ellas la intervención de la*

fe pública que es ejercitada en exclusividad por el Secretario Judicial». El debate está servido porque el problema va a ser distinguir la función jurisdiccional de la potestad jurisdiccional. Parece que al Secretario sólo le vinculan con la potestad jurisdiccional a través del ejercicio de la fe pública, cuando también debiera ser un elemento vinculante su facultad ordenadora del procedimiento.

Diferentes sectores doctrinales avalan la idea de que una cuestión es el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando, y otra es la función complementaria de aquella, en la medida que el secretario judicial garantiza la publicidad formal del proceso y facilita a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones judiciales y su defensa, lo que permite confiar en los tribunales. Parece que también va en esta línea el art. 117 de la CE al hablar de «*Juzgados y Tribunales*» cuando se refiere al ejercicio de la potestad jurisdiccional «*juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*», es decir habla del órgano, no del sujeto.

El TS se manifiesta al respecto y dice *que al emitir testimonios de actuaciones judiciales, función que corresponde al Secretario Judicial, lo hace por su estrecha relación con la tramitación del proceso, por lo que participa de la potestad jurisdiccional*, y el auto del TC 417/2003 de 15 de diciembre expresa que *cuando el Secretario Judicial ejerce las funciones propias de su cargo en un proceso de amparo, forma parte del Tribunal*. Es muy confusa la imagen que se genera del Secretario Judicial, al que se le reconoce su carácter de autoridad, y lógicamente su independencia en el ejercicio de la fe pública. Si asiste de forma directa en el ejercicio de la función jurisdiccional a jueces y magistrados, se le atribuyen potestades resolutorias y dicen que se les refuerza en este sentido, ¿no hubiera sido más claro y coherente mantener también su independencia en el ejercicio de la ordenación del procedimiento?, y como consecuencia de ello, ¿no hubiera sido más acorde mantenerle donde estaba, en el ámbito del Órgano Jurisdiccional?

Para la consecución de este modelo, se han tenido que reforzar las competencias administrativas de los Secretarios Judiciales en determinadas fases del proceso, y modificar su Estatuto personal introduciendo los principios de jerarquía y dependencia a los que deben responder en el ejercicio de sus funciones. Se establece, por tanto, un nuevo organigrama y se crea la figura del Secretario Coordinador.

Este estatus ambiguo que le rodea hace cuestionarse ese refuerzo de las funciones procesales, que en su ejercicio, colabora con jueces y magistrados, pero poniendo el acento en el perfil administrativo, mientras que, por un lado, su vínculo con la potestad jurisdiccional se mantiene sólo a través de la fe pública que además en su ejercicio han visto reducidas las actuaciones en las que resulta imprescindible, y por otro,

mantiene la dependencia en el ejercicio de las funciones procesales en la ordenación del procedimiento, este escenario produce cierto desasosiego e incertidumbre.

La especial y sensible naturaleza de los derechos que se ven afectados en el ámbito de la jurisdicción penal y que nos basamos en un texto de 1882, hacen que la reforma haya sido mucho más parca que en otros ámbitos jurisdiccionales, como ha sido siempre ante cualquier intento de atribución de resoluciones a adoptar por los Secretarios en cada momento y fase procesal. Siempre ha sido problemático determinar la naturaleza de las resoluciones que pudiera dictar en el ámbito del procedimiento, en donde había resoluciones que exigían una calificación jurídico-procesal, para la que estaba preparado no sólo el Juez, sino también el Secretario Judicial. Establecer sin embargo la línea divisoria entre unas funciones y otras suele ser motivo de polémica, por entenderse que enseguida podían afectar a la función jurisdiccional.

En el ámbito de la ordenación del procedimiento hay dos tipos de impulso. El formal y el material. Pues bien, el impulso formal del procedimiento se entendía que comprendía todas aquellas decisiones que no requerían ningún tipo de valoración, es decir, no era preciso ningún juicio de valor y se atribuía al Secretario.

En cuanto a estas funciones de impulso formal del procedimiento, la reforma tiene de positivo que da cobertura legal a actuaciones que ya se venían efectuando por el Secretario y ahora se reconoce expresamente, *pero en ellas se limita a aplicar la previsión legal a la situación planteada, sin que tenga que elegir entre dos o más opciones*. Es decir, que no decide procesalmente nada, son trámites ordenados por la ley y en la práctica los van a realizar los funcionarios del Cuerpo de Gestión o Tramitadores conforme al programa informático que se establezca.

La reforma da entrada a una nueva categoría de decisiones, en términos acuñados por la propia reforma, se habla de decisiones colaterales. ¿Qué decisiones integran esta nueva categoría de impulso, que sin pertenecer a la función jurisdiccional es indispensable para ella?. ¿Qué criterio se sigue para extraer de la naturaleza jurisdiccional una decisión y ahora atribuirse al Secretario? (La impugnación de la tasación de costas era competencia resolutoria del Juez y ahora se atribuye al Secretario).

En el ámbito de la ejecución penal, materia compleja y de exigua regulación se excluye la posibilidad de que el Secretario asuma unas funciones, que efectivamente, supondría agilidad y descargo de trabajo al Juez o Presidente. No creo que haya razón de peso suficiente para excluir de sus funciones todas las diligencias necesarias para en cumplimiento del artículo 990 de la LECrim., hacer cumplir el fallo de la

sentencia, donde es la decisión del Juez o Tribunal la que priva de libertad al inculcado. Cualquier decisión posterior que adopte el Secretario iría encaminada a dar cumplimiento a ese mandato; ¿qué diligencias puede el Secretario adoptar para impulsar la ejecución de una pena privativa de libertad?, no puede acordar la detención en cumplimiento del fallo de la sentencia, no puede acordar la publicación de requisitorias cuando ha desaparecido el condenado.

Se decide no desjudicializar tales actuaciones lo que impide incluirlas entre las denominadas, colaterales. Hubiera sido más fácil de regular esta posibilidad si al Secretario se le mantiene en el ámbito del Órgano Jurisdiccional, donde radica no sólo la función jurisdiccional sino la potestad jurisdiccional, de la que formaría parte no sólo por el ejercicio de la fe pública.

En los SERVICIOS COMUNES DE EJECUCION se va a tramitar, en principio la ejecución de las sentencias, y al frente estará un Secretario Judicial, ¿qué celeridad y qué eficacia va a haber en un servicio común en que para garantizar el cumplimiento de una sentencia penal privativa de libertad del condenado, el Secretario no dispone de ninguna herramienta efectiva para hacer ingresar en el centro penitenciario a quien debe cumplir dicha pena acordada en sentencia?; para asegurar la comparecencia de algún rebelde o la presencia del condenado a fin de practicar diligencias derivadas de la ejecución, teniendo en cuenta que además, tampoco se encuentra en el Servicio Común el Magistrado que dictó la sentencia, ni ningún otro. Resulta cuando menos contradictorio en el ámbito de una reforma que dice haber reforzado al Secretario Judicial en aras de obtener una tramitación caracterizada por la agilidad y eficacia; el Magistrado siempre mantendría el control de la ejecución a través de los Recursos y sin perjuicio de que siempre sería sometida a su decisión cualquier modificación de la situación personal del condenado (artículos 53, 80, 87, 88, 89, 97 y 99 a 108 del CP).

En contradicción con esta postura no se entiende la solución arbitrada por la comisión mixta de seguimiento de las primeras experiencias piloto, donde entre otras cuestiones que se suscitan, una es, si el servicio está atendido por el Secretario Judicial, pero no se le atribuye la ejecución penal por afectar a la función jurisdiccional y no hay Magistrado alguno en dicho servicio, ¿quién tiene que firmar el mandamiento de prisión en el Servicio Común de Ejecución? La respuesta lógica sería traer la causa de ese servicio e itinerarlo a la UPAD correspondiente en la que sí existen Magistrados y luego, de nuevo, volver a itinerarlo al SCEJ. Sin embargo, la respuesta que proporcionó dicha comisión, contra todo pronóstico, fue la de que el mandamiento de prisión lo firmara

sólo el Secretario Judicial, lo que sería coherente con atribuir al Secretario Judicial, de forma autentica, la ejecución penal de la sentencia, no sólo el pronunciamiento civil de la misma.

2. *Fe pública judicial*

Es una Potestad del Estado cuya finalidad es satisfacer la exigencia social de dotar de seguridad jurídica a los actos procesales, bien dimanantes del Órgano Judicial, producidos por las partes en el proceso, o por quienes ostenten interés legítimo, cuyo ejercicio se encarna de forma exclusiva en el Secretario Judicial. El papel que representa la fe pública judicial tiene una doble vertiente, de un lado delimita los perfiles útiles a efectos procesales y de otro, produce efecto garantizador de la objetividad y realidad de lo que contienen los autos, en cuya virtud, se establece la presunción de veracidad en las actuaciones autorizadas por el Secretario Judicial.

Exclusivo detentador de la fe pública, artículo 453.1 «*Corresponde a los Secretarios Judiciales con exclusividad y plenitud el ejercicio de la fe pública judicial,*» en su plasmación se garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos desde tres puntos de vista: es elemento básico para sustentar el principio de seguridad jurídica (art.9.3 de la CE), es garantía del ciudadano frente a un proceso judicial (art. 24.2 de la CE) y garantiza la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.1 de la CE). Se encuentra sometido en el ejercicio de la misma a la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico; mantiene Robles Acera: *Es una institución jurídica de naturaleza compleja en virtud de la cual la potestad legislativa del estado dota a las actuaciones judiciales intervenidas y documentadas por el fedatario público de la presunción de veracidad formal.*

La profundidad del tema podría dar lugar a un debate largo que no me permite el objeto de la presente intervención, pero si haré referencia a dos aspectos muy concretos que inciden notoriamente en la marcha de los procesos actualmente: A) el derecho a la información, B) la incidencia de los avances tecnológicos en su ejercicio.

Lo que sorprende es que en el ámbito de la reforma se le da mas bien un tratamiento residual, se enfoca como un objetivo complementario al referirse a esta función como de «reforzamiento de las garantías del justiciable», cuando lo cierto es que hay actuaciones que por su relevancia y especial necesidad de protección, sin el concurso de la fe pública serían actos nulos.

No obstante, es necesario diferenciar el ejercicio de la fe pública de su plasmación en documento, donde juegan un papel muy importante las nuevas tecnologías. La documentación de los actos procesales, de los juicios, vistas y la fe pública es un tema delicado que ofrece no pocos puntos de incertidumbre, y más cuanto que es la única competencia en que, en su ejercicio, el Secretario Judicial es independiente, por lo que su tratamiento en el contexto de la reforma aconsejaría una mayor precisión, analizándose los distintos aspectos y situaciones que, al menos en el ámbito penal, se producen. Téngase en cuenta que este nuevo documento electrónico debe llevar incorporado la firma electrónica reconocida del secretario para que constituya acta, y aquella es la garantía de que todo lo acontecido está recogido íntegramente y es auténtico, sin haber estado presente. Es preciso una regulación mucho más exhaustiva, profunda y detallada, con garantías comprobadas de todos los instrumentos tecnológicos que se lleguen a tener a disposición a fin de que los sistemas de grabación y reproducción ofrezcan a su vez, la garantía que hemos de proporcionar, y esto no se resuelve agregando o modificando algunos artículos en el seno de las diferentes leyes procesales.

Todo es mejorable y lo oportuno es ser receptivos a afrontar las deficientes regulaciones y a tomar medidas, porque la casuística cotidiana viene demostrándonos que los fallos técnicos que se están advirtiendo en las secciones civiles de los órganos Colegiados a raíz de la entrada en vigor del sistema de grabaciones de las actuaciones procesales, con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, están determinando la nulidad de las actuaciones, precisamente, por la deficiente grabación de los actos, ¿se imaginan donde quedaría la protección de derechos fundamentales en el ámbito de un juicio oral penal, si a pesar de constar la firma electrónica del Secretario la deficiente grabación determinara la nulidad del juicio?, y esto es posible, como observamos, simplemente con un fallo del suministro eléctrico por no mencionar una variedad de situaciones imprevisibles que se producen.

Por ello, y como consecuencia de configurarse como garantía de los derechos fundamentales, de la seguridad jurídica, y como atributo del Poder Judicial en cuanto protege la independencia de los Jueces y Magistrados, al situarse entre el reforzamiento de garantías que se ofrece al justiciable, nos preguntamos, pero ¿en qué medida la nueva regulación prevista incide en el ejercicio de la misma?; haciendo una interpretación halagüeña entendemos que la forma en que se ha regulado manteniendo su exclusividad, como titular único, en el Secretario Judicial y su independencia en el ejercicio de la misma, es positiva, pero en cuanto a su reforzamiento en la medida de que se circunscribe a un

ámbito de actuaciones más auténtico, pero más reducido; puede suscitar un intenso debate por lo que lo expongo a modo de reflexión, ya que supondría una extralimitación del presente trabajo.

Es cierto, que no se puede estar dando fe en todas las actuaciones de forma simultánea, es una ficción y para que dejen de producirse estas situaciones entiendo que conforme al artículo 453.1 se determinan cuáles son los supuestos en los que el Secretario Judicial da fe pública judicial (artículos 453 y 454) separándose de aquellas otras intervenciones o comparecencias en que no hay fe pública judicial y por tanto pueden ser encomendadas al Cuerpo de Gestión o de Auxilio Judicial (artículos 476 y 478).

El papel que desempeña en el ámbito del proceso es claro, posibilita la publicidad formal del proceso permitiendo que sea conocido por los interesados, en el concepto que la redacción definitiva del artículo 454.4 contribuye a aclarar. ¿Quién es parte interesada o con interés legítimo y directo? Determinar la condición que concurre en el solicitante exige una valoración, pues la decisión de comunicar o no, recae sobre datos, hechos o situaciones procesales. Que esta labor de información recaiga sobre los Secretarios parece razonable porque es una consecuencia derivada de su posición en el proceso.

En el ejercicio de esa labor deberá atenerse al principio general contenido en el artículo 120.1 de la CE. No obstante, siempre habrá una concurrencia de principios a los que deberá atender, de un lado, el de la publicidad de actuaciones, resoluciones judiciales y de libertad de información y de otro, el de la protección de la intimidad de los intervinientes en el proceso, no hay que olvidar que éste es un escenario en el que confluyen derechos fundamentales individuales e intereses sociales.

A esto da respuesta el CGPJ manifestando que *«quedaría suficientemente preservada la intimidad al omitirse en las copias que se faciliten a los medios de comunicación los datos o circunstancias personales...»*.

De todas formas, el derecho a la información puede recaer sobre actuaciones pendientes en el órgano judicial o bien sobre el acceso a libros registros y asuntos archivados. ¿Que naturaleza tendrá la decisión que se adopte? procesal o jurisdiccional. La Jurisprudencia se manifiesta en este sentido, *«cuando la parte de un proceso pide, para que surta efecto, testimonio de actuaciones judiciales, la resolución que se adopte tendrá carácter jurisdiccional, por lo tanto no recurrible en vía gubernativa»*.

¿Quién tiene entonces competencia para acordarla? ¿Qué forma va a adoptar la resolución?. La solución que en principio debiera ser sencilla

lla, no parece pacífica, sin embargo creo que dado que el Secretario en el ejercicio de la fe pública es independiente y participa de la función jurisdiccional, es competencia del Secretario y la forma, por tanto, debería ser, no de acuerdo gubernativo, sino de Decreto.

La fe pública puede analizarse también desde el punto de vista de la incidencia que los avances tecnológicos puedan tener sobre su ejercicio, en la práctica va a plantear varios puntos de fricción por la falta de solución expresa en muchas situaciones que no se han previsto y va a ser el día a día el que va a evidenciar ausencias legales y, como en anteriores ocasiones, transcurrirá tiempo hasta que se cuente con una solución legal, por lo que de nuevo será el voluntarismo y la buena disposición del operador jurídico el que lo vaya resolviendo, con la dosis de inseguridad que ello puede generar. Las nuevas tecnologías deben proporcionar una forma de facilitar el ejercicio de la fe pública, no sustituirla.

En su perspectiva de defensa de los derechos fundamentales y de protección de la independencia judicial es preciso analizar el contenido de los artículos 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; artículos 145, 146 y 147 de la LEC; artículo 89 de la Ley de Procedimiento Laboral y artículo 63 de la Ley Contencioso-Administrativo, me refiero a ellos en la medida de que recogen la grabación de las vistas, audiencias y comparencias de forma que quede garantizada la autenticidad e integridad de lo grabado, sin necesidad de la presencia física del Secretario judicial en la Sala en donde se están celebrando aquellas, previéndose la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad equivalente.

Los medios tecnológicos pueden aportar una mejora en la forma de desempeñar la fe pública, pero la regulación prevista no es suficiente porque no atiende a los distintos supuestos en los que se va a ejercer, ni su aplicación en las distintas jurisdicciones que generaran problemas e incidencias específicas que no se han previsto, ni por tanto tampoco se aportan soluciones.

El ejercicio de la fe pública a través de sistemas de grabación y reproducción, autorizándolo con la firma electrónica, debe ofrecer tantas garantías de certeza y seguridad como la que se exige a los Secretarios en el momento en que certifica la autenticidad de un hecho o del contenido de un documento, ¿de qué tipo de firma de las previstas en la Ley 59/2003 de Firma Electrónica se va a disponer de forma efectiva? ¿simple, avanzada? ¿o vamos a disponer de esa firma avanzada ejecutada con (DSCF) un dispositivo seguro de creación de firma y amparada por una certificación que se otorga tras la verificación presencial de la identidad del firmante? Al fin y al cabo supondría adaptarnos a la Di-

rectiva Europa sobre firma electrónica, donde la denominan firma electrónica cualificada. Con relación a este tema se originan diversas dudas que en posteriores desarrollos normativos espero hallar respuesta; en este momento y a modo de ejemplo, se me ocurren algunas preguntas: ¿qué sistema de memoria se va utilizar?, ¿se ha pensado en la existencia de los Hackers?. Si se quiere proyectar las formas de gestión de la Empresa privada a la administración pública, ¿por qué no la dotamos de los mismos medios? La existencia de un gabinete estable con personal ad-hoc no es una exigencia irracional, es una consecuencia normal en la que se tiene que pensar y en ningún lugar de la reforma veo que se haya previsto. En las empresas privadas suelen contar con informáticos pendientes de la seguridad de las redes; si ellos las tienen, con mayor razón cuando estamos hablando de una materia tan sensible a nuestro alcance.

El desarrollo de un juicio oral en una causa penal no está exento de incidencias sobrevenidas; por ejemplo, la exhibición de documentos de cuyo contenido ha de dar cuenta el Secretario judicial, o la exhibición de piezas de convicción, la práctica de un cotejo de documentos, identificación de los testigos cuando viene uno por otro; son muchas y diferentes las disfunciones que se pueden producir con los sistemas de grabación y reproducción a lo largo de un juicio oral en la jurisdicción penal, cuyo desarrollo es de horas, incluso puede prolongarse durante días en los sumarios ordinarios o muy especialmente, en los procedimientos del tribunal del Jurado. Procedimiento este en el que la reforma no se detiene tampoco para determinar su ubicación en el ámbito de los servicios comunes o de la UPAD, teniendo en cuenta que en su tramitación cuenta con partes o fragmentos de tramitación muy diferenciados; la selección de los candidatos a jurado, la vista de las excusas, son ramos del procedimiento que no son propiamente judiciales, sino de tramitación gubernativa, hasta que comienza la apertura del juicio oral. En este sentido no puedo olvidar una sentencia muy ilustrativa del TC 129/2009, de 21 de mayo en la que una vez más se pronuncia sobre las garantías que deben concurrir para que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda ser condenado por un tribunal de apelación mediante una valoración de pruebas de carácter personal discrepante de la efectuada por el Juez a quo, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral. El Ministerio Fiscal se manifiesta de forma subsidiaria diciendo que para el supuesto que el TC entienda que se ha producido una nueva valoración de pruebas de carácter personal, entiende que las garantías de inmediación y contradicción no pueden suplirse con la grabación y reproducción de medios audiovisuales del juicio de primera instancia. La sentencia concluye declarando

la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial que entendió que tras el visionado de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en el Juzgado de lo Penal podría estar facultada para fijar un nuevo relato de hechos.

V. Como resumen, algunas reflexiones

Promovida la modernización de la organización de la administración de justicia nos hallamos en un periodo de transición en lo que se refiere a su puesta en funcionamiento y desde el punto de vista de la experiencia cotidiana pienso que, para conseguir esos objetivos, una justicia de calidad, rápida, eficaz y próxima al ciudadano sería conveniente fijar un orden de prioridades alternativo que atienda a las necesidades más perentorias, porque lo expuesto hasta aquí evidencia la concurrencia de diferentes factores que exigen una atención pormenorizada, ya que llevar a cabo la reforma de forma global puede afectar a la viabilidad de su proyección sobre la realidad de todos los días, afectando a sus loables objetivos, corriendo el riesgo de que se distraiga de la finalidad principal que la inspiró:

1.º) El proyecto de reorganización de la Oficina Judicial entraña mucha dificultad porque como he mantenido a lo largo de la exposición, las peculiaridades del servicio que se presta lo hace muy diferente al que pueda prestar cualquier otro órgano de gestión de la Administración. A la función jurisdiccional no se le puede aplicar sin matices los principios generales de organización de otras administraciones, a la vez que es un Poder del Estado es un servicio público, dos vertientes que hay que integrar, máxime en la jurisdicción del orden penal.

La indefinición de este modelo de gestión, en muchos momentos, va a obstaculizar el cumplimiento del principio de racionalización de medios y del máximo rendimiento de los recursos disponibles, con la observancia de los criterios de rentabilidad, eficiencia y productividad con el mínimo esfuerzo presupuestario.

2.º) Esta indefinición permite, en realidad, que no haya una auténtica atribución de competencias al Secretario. Se han seleccionado unas cuantas alegando que no tienen carácter jurisdiccional, lo que resulta arbitrario; no se entiende que la decisión judicial se separe del proceso sobre el que se resuelve.

Continua desaprovechándose al Secretario del que tanto se reconoce su preparación técnica separándolo de la función jurisdiccional y ubicándolo en el ámbito de la oficina judicial supeditado al principio de

dependencia y jerarquía. En el ámbito penal hubiera sido más efectivo la auténtica atribución de competencias y no una mera identidad del cargo que efectúa las actuaciones procesales que ha venido llevando a cabo siempre. Si ahora se le individualiza y se le atribuye identidad es como consecuencia de que se le extrae del Órgano Jurisdiccional por lo que la normativa tiene que especificar quién realmente efectúa una actuación, que antes, estaba claro que era el Secretario Judicial: «*el órgano judicial notificará o dará traslado*», en el ámbito del órgano quien tenía atribuida la función era el Secretario Judicial, ahora hay que especificarlo porque ya no está en el Órgano Judicial: es natural que se identifique quién lo llevara a cabo. Pero ello no es una nueva atribución de competencia, como se observa, puesto que atribuciones que específicamente estaban previstas en la Ley ahora por el propio argumento han desaparecido. El artículo 786.2 de la LE Criminal preveía que «*El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa*»; en la nueva redacción se mantiene la lectura pero no determina quién lo va a hacer.

3.º) Esta imprecisión de la que hablo alcanza a la delimitación de las competencias entre las UPADS y los SCOPs, lo que va a afectar a la tramitación de los procesos, que sufrirán continuos itinerarios procesales.

4.º) Existe una disociación entre el órgano que decide, Jueces y Magistrados y la OJ, que es la que va a tramitar el procedimiento del proceso, sin perjuicio de que como se prevé en el apartado 6.º del artículo 436 puedan pedir información del estado de su causa al funcionario responsable de la misma. Pero ¿quién es?; dependiendo de la fase procesal en que se encuentren las actuaciones será un servicio común u otro, a fin de poder hablar con el funcionario en cuestión.

5.º) El desaprovechamiento de este funcionario, como Secretario Judicial, no se resuelve porque continúan sin atribuirle funciones sustantivas. Si la colaboración con la función jurisdiccional es imprescindible, hubiera sido más coherente con esa pretendida atribución de competencias ubicarlo en el ámbito del equipo jurisdiccional y reincorporarle al CGPJ que en definitiva es donde estaba. Si se le quiere convertir en mero gestor administrativo debieran adecuar la licenciatura a exigir porque para el ejercicio de esa función bien puede efectuarlo un economista o gestor administrativo. La dirección de la OJ no se cuestiona porque a los Jueces se les ha sustraído de ella, pero en realidad, ¿en qué consiste una dirección cuya gestión versará sobre la organización efectuada por un tercero, conforme a sus principios, en la que no ha tenido intervención, ni participará en la gestación de sus decisiones?, ¿en qué consiste una dirección sin potestad sancionadora y sin

poseer instrumentos que permitan un mayor reconocimiento a los que más y mejor trabajan?.

6.º) En el ejercicio de su dirección técnico procesal sobre la Oficina ¿puede asumir sus responsabilidades sin que interfiera nadie de verdad?; ¿cómo se resolvería en la práctica una suspensión acordada por el Secretario Judicial no compartida por el Juez o Tribunal?. Pueden existir diversos momentos de fricción que exigen una disposición abierta a la cooperación y coordinación.

7.º) ¿Dónde se va a encontrar el proceso en las UPADS o en el SCOP?. Del esquema presentado parece que el Ministerio de Justicia quiere residenciarlo en los servicios comunes de ordenación del procedimiento, pero no deja de ser una contradicción porque estos van a estar dirigidos por los Secretarios Judiciales y no hay mecanismos de intervención habitual y fluida de los Jueces. ¿Van estar aislados del proceso cuya conclusión es la sentencia que tienen que dictar?.

Este proyecto de innovación es interesante pero crea nuevas lagunas legales. Si a las ya existentes y no resueltas se agregan otras nuevas puede que este no llegue a conseguir hacer realidad la celeridad, eficiencia, y homogeneidad del procedimiento, la rapidez de respuesta y la accesibilidad al ciudadano que se predica.

8.º) ¿Dónde se ubica a ese director del proceso, a ese director del personal? En definitiva el Secretario Judicial pertenece a la oficina judicial y pertenece al órgano jurisdiccional pero los principios que informan una y otro son de naturaleza distinta, es más, dependiendo de la fase procesal en la que deba encontrarse el proceso, será informado por diferentes principios. Parece que está en tierra de nadie pero responde frente a todos, dice Medina García *«que no pertenece al Tribunal ni pertenece a la Oficina judicial, sino que depende del tipo de función procesal que desarrolle en cada momento, formará parte de uno u otra.»* Suscita incertidumbre su posición porque el Secretario Judicial, al final, parece que continúa en una indefinición competencial en cuya toma de decisiones en apoyo de la función jurisdiccional no es independiente, y en el limbo, en cuanto a su posición orgánica.

Vista esta situación y que el proceso va a estar disgregado entre las distintas unidades es necesario abordar el problema que supone cumplir con el principio de coordinación entre las mismas.

No hay racionalización de los criterios organizativos, por una lado camina la OJ y por otro de forma paralela la actividad jurisdiccional. Me pregunto ¿cómo se va a garantizar la celeridad, flexibilidad, ligereza, eficacia, racionalidad del trabajo, cooperación y coordinación? Al separarse los trámites procesales cada uno estará residenciado en distintas unidades, por ejemplo, ¿qué pasaría con ciertas diligencias que se pue-

den suspender en el ámbito de un proceso en que otras diligencias del mismo proceso continúan el trámite? ¿Cómo se va impulsar el proceso por igual en las diferentes unidades en que radiquen, cuando tengan diferentes cargas de trabajo?. Dividir las unidades sobre la base de los diferentes tramites procesales supone una fuerte distorsión y gestión complicada en el contexto de la jurisdicción penal, que para nada se atiende, en la práctica, a los criterios de racionalización y coordinación. Esto visto desde el punto de vista práctico va a generar desajustes y disfunciones, ya que no se puede separar por completo la ordenación del proceso del ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

9.º) Práctico sí es, y supone una autentica racionalización del trabajo, el hecho de descargar al Secretario de todo aquello que no sea la actividad propia para la que realmente se le ha formado, fe pública, dirección y ordenación del procedimiento, y se atribuya a Servicios comunes todas las actividades relacionadas con la confección de estadísticas, la llevanza de la cuenta de depósitos y consignaciones, el registro, actos de comunicación y notificación, actos de ejecución, traslados informáticos, y todo lo relativo sobre personal; puesto que tal y como está configurado, la auténtica jefatura de personal no radica en el Secretario Judicial sino en el Departamento correspondiente de la CCAA, o en su caso, del Ministerio de Justicia. El Secretario no concede vacaciones, permiso ni licencias sólo informa en la medida de que es responsable de garantizar que la actividad procesal sea atendida en tiempo y forma, por lo que su informe irá en función de su cometido, como es garantizar que las necesidades del servicio estén cubiertas de forma efectiva. No obstante, este informe no es vinculante; y tampoco dispone de herramientas que le permitan el ejercicio de lo que supone una auténtica jefatura de personal, no tiene competencia disciplinaria pero tampoco puede incentivar al personal reconocidamente productivo y eficaz, no es el Secretario el que le concede días de permiso extra, como ya hemos reseñado.

10.º) Es el momento adecuado para abordar la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación en la administración de justicia instaurando de forma progresiva los diversos programas informáticos, telemáticos o electrónicos para que la convivencia del proceso documentado en papel con el documento electrónico nos facilite su instauración.

Sin embargo, eliminar el soporte del papel en las actuaciones judiciales instaurando el documento informático no depende en principio de la buena disposición de los operadores jurídicos intervinientes, porque al final, sería el instrumento habitual de funcionamiento. De lo que se trata es que los distintos sistemas de información procesal existentes

hoy lleguen a poder interconectarse entre ellos, poder acceder a las diferentes bases de datos para cruzar la información.

Esto nos conduce al problema real, hace falta una adecuada dotación de equipos informáticos, de programas de gestión permanentemente actualizados de acuerdo al ritmo de las modificaciones legales, no a remolque, *conexiones* a redes de comunicaciones globales, comunicaciones a través de redes seguras; el uso generalizado de la firma electrónica a fin de poder hacer compatible todo tipo de comunicación procesal con ciudadanos y todos los operadores jurídicos. Es necesario que haya una interconexión no sólo entre los órganos jurisdiccionales sino con todos los que directa o indirectamente puedan tener relación con la administración de justicia. Sería por lo tanto preciso que se instauren sistemas informáticos que garanticen la total compatibilidad y operatividad entre los distintos sistemas y programas informáticos y que se adapten a la especialidad de cada jurisdicción que exige mantener archivadas informáticamente causas aunque estén vivas para la practica de diligencias que pueden sobrevenir.

Paralelamente a la emisión de estas líneas sé que las diferentes entidades publicas que confluyen en este arduo proceso reformador, cada una en sus ámbitos respectivos, están tratando de garantizar el uso generalizado de programas y aplicaciones informáticas a disposición de la administración de justicia, para lo que están declarando la obligatoriedad de su uso y homogenizando las actuaciones en este terreno; por ello el 28 de enero de 2010 se ha aprobado un informe relativo a la propuesta de modificación de la LOPJ y diversas leyes procesales con el objeto de mejorar el uso de los nuevos medios tecnológicos y se solicita la reforma del artículo 230 de la LOPJ. Consta que se ha constituido un esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS) con el fin de que a través de las plataformas necesarias se permita el funcionamiento integrado de todas las aplicaciones informáticas, con todas las medidas de seguridad necesarias.

Al hilo de las innovaciones tecnológicas, en el momento de este proceso reformador en el que aún estamos, quiero recordar, a modo de conclusión, varias dudas que me suscita la nueva redacción dada al artículo 743 de la LECriminal. *El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El secretario Judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirve de soporte a la grabación y garantizará la autenticidad e integridad de lo gravado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica.*

Por supuesto, este aspecto se encuentra pendiente de desarrollo normativo, a fecha de hoy, sólo podemos hacer especulaciones sobre

su funcionamiento, y las consecuencias que su aplicación va a suponer mientras el sistema no funcione con fluidez, lo que para ello falta mucho tiempo porque muchos son los aspectos a considerar para que funcione con la misma garantía que a los Secretarios Judiciales se nos exige proporcionar. En este sentido me surgen muchos pensamientos sobre este tema: ¿en qué formato se va a grabar: mP4, AMV, AVI, etc? ¿cuál va a ser el formato físico: USB, CD/DVD, etc.?, ¿se va a guardar en un disco duro, o se va a transmitir vía Internet o con un hub interno hasta el propio ordenador de cada Secretario cuya custodia tiene atribuida? ¿cómo va a ser la grabación: se va a conectar una cámara de video a un ordenador y éste estará conectado a la red?. Todas estas preguntas son de especial relevancia porque si no, entras en la vista y tienes que certificar la autenticidad de lo sucedido sin haberlo presenciado, la fiabilidad del sistema que se instaure tiene que proporcionar absoluta seguridad; siempre hay posibilidad de alterar un archivo cualquiera que sea el formato, máxime si el archivo queda colgado en el ordenador conectado a Internet. Imagino que la probabilidad de que esto suceda es mínima, pero la garantía que al Secretario Judicial se le exige es máxima.

¿Se ha planteado la estructura de un Departamento de informática estable, con capacidad de respuesta inmediata, integrado por suficiente número de profesionales que puedan atender las incidencias habituales y la posibilidad de detectar a los Hacker? Esto no se puede descartar, siempre hay auténticos profesionales como para entrar en el sistema de seguridad del ministerio de Defensa de EEUU. No es un tema baladí, ni su solución se puede improvisar cuando nuestra aspiración es hacer desaparecer el papel, esos legajos atados en cuerda floja, por expedientes electrónicos.

VI. Conclusiones

Sería muy enriquecedora la aportación y recepción de ideas prácticas de todos los operadores jurídicos que faciliten la consecución de los objetivos perseguidos con la reforma, lo que no sé es si con el cauce iniciado en el 2001, reduciendo la labor del Secretario a lo administrativo y no atribuyéndole en la jurisdicción penal competencias auténticas que permitirían realmente descargar de trabajo al Magistrado, y permitir que el Juez se limite a la resolución de unos pleitos de los que prácticamente puede llegar a ser mero observador en su tramitación, se va a conseguir atar todos los cabos por resolver.

La especial complejidad de los servicios que se van a gestionar exige que no se olvide que la filosofía que inspira la empresa privada no es la

misma que la «empresa pública» y que es preciso eliminar contradicciones y definir competencias teniendo en cuenta la regulación que la Constitución efectúa de la organización judicial y de la administrativa. Llevar a cabo una reforma simultánea de todas las jurisdicciones sin tener en cuenta la singularidad que presenta la jurisdicción penal, pendiente aún de reformas tan importantes como la de la ley reguladora de los procedimientos penales, no lo hace aconsejable, sería más apropiado y práctico abordarlo de forma detenida y atendiendo a sus peculiaridades, y más coherente, porque la nueva organización, ¿a qué modelo de procedimientos penales se va a adecuar?

Las bases sentadas por la Ley de 2003 suponen una ruptura con el modelo clásico, en que cada Juzgado o Tribunal eran Poder Judicial. Ahora se plantea una Justicia vinculada a una organización de la Administración regida por sus propios principios, que puede obligar a relegar los del Poder Judicial a quien sirve, la imparcialidad y la independencia.

¿Es posible asimilar una organización administrativa, judicial o procesal, teniendo en cuenta que son diferentes los principios que la informan?.

En definitiva: A) la transformación de la administración de justicia requiere una visión de conjunto, si aspiramos a una justicia rápida, segura de procedimientos ligeros capaces de dar solución a los conflictos sociales, se requiere un uso muy eficiente de la informática, lo que a la vez supone no sólo una remodelación racional interna de la oficina, sino una eficiente instalación de todos los medios informáticos, telemáticos, etc... como herramienta de trabajo, será el bolígrafo con el que se recoja la realidad de lo acontecido, que hasta ahora era ante la responsabilidad física del Secretario, y que pretendemos que sea ante la misma responsabilidad del Secretario pero fiándose de los medios tecnológicos. Razón por la que su instalación y mantenimiento han de ser de absoluta seguridad.

B) Una simplificación de los procedimientos, que éstos sí que ocupan un puesto estelar, contribuirán a facilitar la instalación del proyecto. Parece encauzarse en esta línea el Informe del Pleno del CGPJ de 28 de enero relativo a la propuesta de modificación de la LOPJ y diversas leyes procesales con el objeto de reducir la litigiosidad y agilizar los procedimientos judiciales para lo que se solicita la reforma del artículo 230 de la LOPJ.

C) Ilusión y mucho empuje va a hacer falta a todos los operadores jurídicos en el día a día para suplir lagunas, contradicciones, faltas de coordinación y asumir que cualquier proyecto por sencillo que sea y éste precisamente es de gran envergadura, necesita ir emparejado a una partida presupuestaria ad-hoc, evitando las situaciones preca-

rias tan características en muchos momentos de la historia judicial. Una vez puesto en marcha no es posible la interrupción hasta la ampliación de un presupuesto mal calculado de inicio al no contar con imprevistos que debieran haberse previsto.

D) La reforma de las leyes procesales, pienso, que no debe limitarse a atribuir nuevas competencias procesales o a redistribuir algunas de ellas, sino que, y esto es esencial, sirva para actualizar los tipos de procedimientos y adaptarlos a la realidad social de cada momento, ello facilitaría la implantación generalizada del expediente judicial electrónico, haría que realmente la justicia fuera mas rápida y próxima al ciudadano.

E) Y en aras a conseguir esa agilización de la Justicia, una vez más da la sensación de que no ha habido auténtica voluntad política legislativa de potenciar al Secretario Judicial haciendo hincapié en su especialidad judicial, lo que hace es potenciar o atribuirle funciones gestoras o administrativas, alejándolo sigilosamente, cada vez más, de su papel judicial, lo que supone, que de nuevo, esta reforma, es otra oportunidad desaprovechada. Podrían hacerse otros planteamientos alternativos, algunos de los cuales podrían poner fin al debate sobre la naturaleza de sus funciones. Si en todo intento de nueva reforma siempre se reconoce al Cuerpo su preparación técnico-jurídica, una posibilidad es la que cíclicamente se viene recordando, la de su conversión en Jueces procesales, o bien reincorporarlos al lugar en el que estaban, vinculados al CGPJ, su vinculación con la función jurisdiccional a la que sirven de soporte lo justifica totalmente, y desde allí podría dirigir el proceso para el que le prepararon y sobre el que la función jurisdiccional va a decidir.

«Eso más que una esperanza es una ilusión; el defecto, más que en las leyes, está en los hombres,» decía Carnelutti, al manifestarse sobre las mejoras procesales.

Bibliografía

- AAVV: *El nuevo modelo procesal*. Centro de Estudios jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid.
- ANDINO AXPE, L. F.: *Secretarios Judiciales, Poder Judicial y potestad-función jurisdiccional*. Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.
- ANDINO AXPE, L. F.: «El Secretario Judicial ante la reforma de las normas procesales. Implantación de la nueva oficina judicial», en *Actualidad Aranzadi*, 15 de enero de 2009.
- ASENCIO MELLADO: «Algunas reflexiones sobre la nueva oficina judicial y los secretarios judiciales», en *El notario*, 2010.

- BELARDI MÚGICA, J.M. *et alt.*: *Claves para le gestión de la nueva oficina judicial*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.
- BLASCO SOTO, Carmen: *El proceso civil y la nueva oficina judicial*. Universidad de Valladolid, 2008, págs. 279-290.
- CASADO ROMÁN, Javier: «La necesidad de las reformas procesales», en *La Ley*, Sección Tribuna, 10 marzo 2008.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio: «El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial», en *La Ley*, Sección Tribunal, n.º 7919, junio 2009.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Garantías constitucionales en el proceso y el Secretario Judicial en el marco del Consejo de Europa», en *Revista del Poder Judicial*, 1995 (n.º 38), págs. 419-428.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Notas sobre la implantación de la nueva Oficina Judicial», en *Revista del Poder Judicial*, 1995.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Análisis crítico del proyecto de ley de implantación de la Oficina Judicial», en *La Ley*, 24-6-2009.
- GÓMEZ ARROYO, J.L.: «El Secretario Judicial protagonista: independencia e imparcialidad», en *Revista Secretarios Judiciales*, enero 2003.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Margarita: «La nueva oficina judicial», en *La Ley*, 29 septiembre de 2005.
- MARTÍNEZ MOYA, Juan: «El despegue de una nueva percepción de la justicia», en *La Ley*, 21 de octubre de 2008.
- MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: «En la Nueva Oficina Judicial», en *Revista Inter. –práctica jurídica*. 2010.
- MONTAÑAN, José Carlos: «Los Secretarios Judiciales ante la Modernización de la Administración de Justicia», SISEJ.
- MORGENSTERN, Sara: «El trabajo en equipo en la nueva oficina judicial» en *XX Jornadas de la Fe Pública Judicial*. Madrid 2006, en *Acta Judicial.com*.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos / SANZ HERMIDA, Ágata María: «La reforma de la administración de justicia y la nueva oficina judicial», en *Anuario Parlamento y Constitución*, Universidad Castilla-La Mancha 2008.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo: «Las reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial en el proceso declarativo civil», en *Práctica de tribunales*, mayo 2009.
- RAYÓN BALLESTEROSA, María Concepción: «La nueva oficina judicial para el siglo XXI», en *Anuario jurídico y económico*, 2007.
- ROBLES ACERA, A.: «El Secretario Judicial del Siglo XXI» en, V Congreso de UPSJ Marbella 1998. Aranzadi.
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María: «Las funciones procesales», en AAVV, *La fe pública judicial*. J.M. Bosch Editor. 2005.
- ACUERDO de 25 de febrero de 2010 que aprueba el Reglamento 2/2010, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales.
- INFORME sobre las principales actuaciones desarrolladas en ejecución del plan de modernización de la justicia. 9 de febrero de 2010.

INSTRUCCIÓN 7/2009 de la Secretaria General de la Administración de Justicia sobre funciones directivas de los servicios comunes procesales generales. 3 octubre de 2009.

ACUERDO entre Ministerio de Justicia y organizaciones sindicales integrantes de la mesa sectorial de la administración de justicia sobre la implantación de la nueva oficina judicial, 10 de marzo 2010.

Servicio de inspección del CONSEJO. Gestión documentaria del proceso. CGPJ 12-septiembre de 2002.

RD 160872005, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Página WEB del Colegio nacional de Secretarios Judiciales.

ORDEN de 18 de octubre Dotación básica de las unidades de apoyo directo (JUS73244705).

Reformas procesales recientes. Actuación del secretario. Implantación de la oficina judicial

Iñaki Sánchez Guiu

Secretario General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia.
Ministerio de Justicia

I. Introducción: Antecedentes y necesidad de la reforma

La mejora y modernización de la Administración de Justicia ha sido una demanda reiterada de todos los operadores jurídicos y los ciudadanos en los últimos años. Ante el incremento constante de la litigiosidad, acrecentado por la situación económica, el aumento de las plazas judiciales y del personal al servicio de la Administración de Justicia han resultado medidas claramente insuficientes para descongestionar y mejorar la calidad del servicio prestado a los ciudadanos.

El actual modelo de oficina judicial, caracterizado por su dispersión (existiendo tantas oficinas judiciales como órganos judiciales), con indefinición de las funciones correspondientes a cada uno de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con problemas de compatibilización e interrelación entre los programas informáticos utilizados por las distintas administraciones competentes, dificulta la aplicación de técnicas modernas de gestión que permitan una justicia ágil y avanzada que satisfaga las demandas de la sociedad del siglo XXI.

Ante dicha situación, el 28 de mayo de 2001, las principales fuerzas políticas parlamentarias firmaron un Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, que recogía la demanda inequívoca de los ciudadanos de un esfuerzo profundo de mejora y modernización del sistema judicial, para conseguir una Justicia que actuase con rapidez, eficacia y calidad, con métodos modernos y procedimientos menos complicados.

Esta mejora y modernización de la administración de Justicia implicaba una reforma en dos ámbitos distintos:

1. En la organización de la *oficina judicial*, con el diseño de un nuevo sistema que, superando la tradicional estructura de las secretarías

- y oficinas de juzgados y tribunales, posibilitase un servicio accesible, ágil y eficiente, favoreciendo la especialización y delimitación de funciones, e impulsando la intervención del Secretario Judicial en los procedimientos, en atención a su capacidad y formación.
2. En las *leyes procesales*, que debían ser adaptadas al diseño de la oficina judicial y a la nueva ordenación del proceso.

El presente estudio tiene por objeto examinar:

- La reforma efectuada en el ámbito de la LECrim por la Ley 13/2009, que en el marco de la anterior modernización de la Justicia, efectúa una nueva distribución de las competencias entre el Juez y el Secretario Judicial, convirtiendo a éste en el auténtico impulsor del procedimiento y atribuyéndole las facultades y funciones correspondientes a su papel de director de la nueva oficina judicial.
- El estado actual en la implantación de la Nueva Oficina Judicial desde su configuración en la Ley 19/2003 y los avances en la modernización de la Administración de Justicia con la aplicación de las nuevas tecnologías para la mejor atención al ciudadano, la gestión del procedimiento y para facilitar la interoperabilidad entre Administraciones y sus programas informáticos.

II. Las reformas procesales

1. *Planteamiento*

La modernización de la Justicia implicaba la necesidad de una reforma en las leyes procesales, que debían ser adaptadas al diseño de la nueva oficina, y en la ordenación del proceso. Dicha reforma fue efectuada por la reciente *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, y supuso la modificación de diecinueve leyes, de carácter procesal y material.

Sin embargo, hay que destacar desde este momento que la denominada reforma de las leyes procesales, aunque íntimamente relacionada con la nueva oficina judicial como luego expondremos, supone un avance más y distinto en el proceso de modernización de la Administración de Justicia.

Dicha reforma se hace dentro del marco habilitado por la Ley Orgánica 19/2003¹, que reformó el artículo 456 de la Ley Orgánica del Po-

¹ Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 26/12/2003).

der Judicial, contemplando la posibilidad de ampliación de las funciones que pueden ser desempeñadas por el Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales, técnicos en Derecho, en atención a su formación jurídica que les confiere un conocimiento profundo de las leyes procesales y del derecho procesal.

En este contexto, la Ley Orgánica 19/2003 y la Ley 13/2009, al situar a los Secretarios Judiciales al frente de los Servicios Comunes, les atribuye no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían atribuidas hasta ahora, sino también otras funciones que les permitan adoptar decisiones en materias *colaterales* a la función jurisdiccional, que sin pertenecer al ámbito de la potestad jurisdiccional atribuida con exclusividad a Jueces y Tribunales, son indispensables para la tramitación de los procedimientos. La idea inspiradora de la reforma, según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, ha sido concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios Judiciales, configurado como un Cuerpo Superior Jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario Judicial. De este modo, se garantiza que el Juez o Tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la labor que le atribuye la Constitución y las leyes como función propia y exclusiva: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Este nuevo modelo no impide, sin embargo, que se mantengan los mecanismos de supervisión de los Jueces y Tribunales sobre el proceso, a través del sistema de recursos —que permite al titular del órgano judicial conocer de las impugnaciones interpuestas contra las resoluciones del Secretario Judicial—, la superior inspección y vigilancia reservada a Jueces y Magistrados por el art. 165 de la LOPJ y la posibilidad de recabar información sobre el procedimiento en todo momento, recogida en el art. 436 de la LOPJ.

La Ley 13/2009 describe sus objetivos en su Exposición de Motivos: *el reforzamiento de las garantías del justiciable* (en el que se enmarca la grabación de vistas generalizada y la utilización de la firma electrónica); *el fomento de las buenas prácticas procesales*, evitando dilaciones en la tramitación de los procedimientos, para lo cual se atribuye al Secretario Judicial el señalamiento de las vistas desde un servicio centralizado y gestionando una «agenda programada de señalamientos», conforme a los criterios generales e instrucciones concretas que le debe dar el Presidente de la Sala o Sección o el titular del órgano judicial correspondiente; y *la mejora de las leyes procesales*, teniendo en cuenta la experiencia en su aplicación y la aplicación de las nuevas tecnologías en la administración de Justicia.

Con esta finalidad, la Ley 13/2009 modifica las siguientes normas:

- LEC aprobada por RD de 3 de febrero de 1881 y LEC 2000, aprobada por la Ley 1/2000, de 7 de enero.
- LECrím de 14 de septiembre de 1882.
- Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946.
- Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley 6/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.
- Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.
- Ley 30/1992, de 29 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por R.D. Leg. 2/1995.
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
- Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

2. *La reforma en el ámbito procesal penal (LECrím) efectuada por la Ley 13/2009*

La Ley 13/2009 introduce numerosas modificaciones en la LECrím, fundamentalmente para delimitar el reparto de tareas entre la figura del Secretario Judicial y el Juez, potenciando el papel de los Secretarios Judiciales como auténticos directores de la oficina judicial. Sin embargo, hay que advertir de que las modificaciones operadas en la LECrím han sido limitadas, en comparación con la reforma en otras normas procesales, a la espera de una revisión completa de esta Ley para la promulgación de una nueva ley procesal penal.

Los artículos de la LECrim reformados por la Ley 13/2009 atribuyen al Secretario Judicial el impulso del procedimiento y le encomiendan competencias y deberes, entre los que merece especial consideración la información que debe recibir la víctima u ofendido; regulan los señalamientos de las vistas y su grabación, suprimiendo en consonancia la referencia a la presencia del Secretario Judicial en la sala y contemplan las resoluciones dictadas por los Secretarios Judiciales y su régimen de recursos, además de otras modificaciones para depurar aspectos técnicos puntuales o atribuir expresamente la competencia a los Jueces y Tribunales.

1. *Atribución expresa del impulso del procedimiento al Secretario Judicial y otras competencias:* la reforma de la Ley 13/2009 convierte al Secretario Judicial en el impulsor del procedimiento, salvo en los supuestos en los que la decisión de carácter procesal pueda afectar a la función jurisdiccional. Con la anterior finalidad, se modifica la regulación de varios aspectos del procedimiento, atribuyendo expresamente al Secretario Judicial la remisión de la causa al Ministerio Fiscal, a las partes y a los otros órganos jurisdiccionales. Además, la Ley 13/2009 encomienda expresamente a los Secretarios Judiciales la custodia del libro de sentencias, la aprobación de la tasación de costas, la extensión de diligencias, la dirección de los actos de comunicación y labores de información al Ministerio Fiscal, así como la práctica de diligencias con otras Administraciones y Colegios de Abogados. Asimismo, se atribuye al Secretario Judicial, como regla general, el señalamiento de juicios y vistas.
 - *Impulso del procedimiento:* con el fin de agilizar la tramitación de los procedimientos, se encomienda al Secretario Judicial el impulso de los mismos en numerosos artículos. En esta línea, el Secretario Judicial alzaré por diligencia la suspensión del procedimiento acordada por planteamiento de una cuestión prejudicial (art. 4); informará a las partes del procedimiento de las causas que impiden la conclusión del sumario (art. 308); notificará a las partes y al Ministerio Fiscal el nombramiento de peritos (art. 466); facilitará a los peritos nombrados las cosas y elementos directos de apreciación y los datos para la tasación (art. 365); reclamará los documentos cuando se indique el archivo o lugar donde se encuentren al recusar a los peritos nombrados (art. 470); embargará los bienes necesarios si el responsable civil no presta la fianza exigida por el Juez (art. 615); dará vista al Ministerio Fiscal y

a las partes personadas de la exposición y antecedentes del art. 759.2.º; interesará el nombramiento de Abogado y Procurador para el reo rebelde (art. 845); comunicará a las partes y al Ministerio Fiscal la continuación de los trámites por el procedimiento que corresponda (art. 760); remitirá la causa a la Audiencia una vez dictado el Auto de conclusión del sumario, indicando los recursos de apelación en un efecto pendientes (art. 622); dará traslado de la causa al Ministerio Fiscal y a las demás partes para instrucción (art. 627) y para calificar (art. 649, 651, 652 y 654) e interesará la designación de Abogado y Procurador (art. 652); dictará diligencia teniendo por hecha la calificación y acordando pasar la causa al ponente (art. 658); y dará traslado de los escritos de recusación de peritos, señalando día para vista (art. 662).

En el ámbito del procedimiento abreviado, la reforma encomienda al Secretario Judicial el nuevo traslado para calificación después de la apertura del juicio oral a la parte que solicitó el sobreseimiento (art. 783) y el emplazamiento al imputado para que comparezca dándole traslado para la presentación del escrito de defensa (art. 784), remitiendo posteriormente lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento.

En el recurso de apelación en el procedimiento ordinario el Secretario Judicial declara mediante decreto desierto el recurso y devuelve los autos originales y acusa recibo de la recepción del testimonio (art. 228); comunica al Juez el auto dictado y le devuelve el proceso (bajo su responsabilidad (art. 232).

En el recurso de casación, el Secretario Judicial da traslado a las partes del recurso; emplaza a las mismas ante el TSJ; expide testimonio de la sentencia, remite nota sucinta de la causa; devuelve la causa a la Audiencia Provincial; señala día para la vista; declara desierto el recurso; designa al Ponente; interesa el nombramiento de Abogado y Procurador (arts. 846 bis, 859, 860, 873 y 878, 880, 881, 893, 895).

En el ámbito de la ejecución, el art. 990 LECrim. encomienda expresamente al Secretario Judicial el impulso del proceso de ejecución de la sentencia dictando al efecto las diligencias necesarias, sin perjuicio de la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la pena y en el procedimiento contra Senadores y Diputados, el art. 753 dispone que el Secretario Judicial suspenderá los procedimientos hasta que se recabe la autorización de la Cámara correspondiente.

- *Actos de comunicación*: el art. 166 atribuye al Secretario Judicial la dirección de los actos de comunicación y la decisión de las comunicaciones que se deben realizar por correo certificado con acuse de recibo. En el marco de estas competencias, el art. 333 encomienda al Secretario Judicial poner en conocimiento del procesado el acuerdo de la práctica de la inspección ocular o la citación al procesado preso para el juicio (art. 664).
- *Remisión de la causa, vista del procedimiento y emplazamientos*: la reforma encomienda al Secretario Judicial remitir las actuaciones al Juzgado competente (art. 22, 25, 38); dar traslado de la causa a las partes y al Ministerio Fiscal cuando se plantea la inhibitoria (art. 34 y 37); dar vista de los autos a las partes, remitir los autos al Tribunal y emplazar a las partes en el recurso de apelación en el procedimiento ordinario (art. 229 y 224); dar traslado a las partes, remitir el testimonio de particulares a la Audiencia respectiva y señalar, en su caso, vista en el recurso de apelación en el procedimiento abreviado (art. 766); remitir la causa a la Audiencia competente si la calificación excede de la competencia del Juez de lo Penal (art. 788). En el ámbito de los juicios rápidos, citar a las partes para la celebración de juicio oral y señalar la fecha del juicio, practicar las citaciones propuestas que sean posibles, remitir las actuaciones al Juzgado de lo Penal para su ejecución (art. 800-801). Además, el Secretario Judicial dará vista del escrito exigiendo fianza (art. 617) y dará traslado a las partes de las peticiones indemnizatorias cuando no se hubiere fijado en el fallo la cuantía (art. 794).
- *Información al Ministerio Fiscal*: la reforma encomienda al Secretario Judicial poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la perpetración de un delito (art. 308), la incoación de un jurado (art. 773) y remitirle testimonio de las providencias y autos apelables (art. 646).
- *Diligencias con otras Administraciones*: la reforma atribuye al Secretario Judicial las comunicaciones con otras Administraciones del Estado. Así, ordenada por el Juez instructor la averiguación del domicilio (del procesado o testigo), corresponde al Secretario Judicial dirigirse a la Policía Judicial, Registros Oficiales, colegios profesionales, entidades y empresas (art. 178 y 432); el Secretario Judicial reclamará a las autoridades correspondientes la remisión de los documentos falsificados imprescindibles para la causa (art. 338); traerá al suma-

rio certificación del nacimiento o bautismo para comprobar la edad e identidad de la persona (art. 375); comunicará al organismo administrativo correspondiente la privación cautelar del permiso de conducir acordada por el Juez (art. 529 bis) y en los casos de sentencia condenatoria firme que imponga la privación del permiso o licencia de conducir, el Secretario Judicial procederá a la inmediata retirada de los mismos (si no estuviera acordada tal medida), remitiendo mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico (art. 794).

- *Otras atribuciones*: la reforma atribuye al Secretario Judicial la designación del Magistrado Ponente (art. 626); la custodia del libro de sentencias, autos y votos particulares, bajo su responsabilidad (art. 159); funciones en relación con los efectos del delito y las piezas de convicción (art. 334, 367 ter, 574, 586-587 y 688). Además, en materia de costas, el Secretario Judicial aprobará la tasación y fijará el término para su pago (art. 244 y 242). Y en relación con las requisitorias, el Secretario Judicial expedirá los oficios para que se inserten las mismas (art. 512) y testimoniará la resolución judicial y los particulares necesarios para resolver sobre la situación personal del requisitoriado cuando sea habido (art. 516).

2. Especial referencia merece la *atribución expresa del deber del Secretario Judicial de informar a la víctima u ofendido del curso del procedimiento, así como a las Administraciones competentes la adopción de medidas de protección*: en el sentido iniciado por la Ley 82/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del procedimiento abreviado (que reformó el art. 766 de la LECrim., imponiendo al Secretario Judicial el deber de informar al perjudicado de sus derechos) la Ley 13/2009 modifica los siguientes artículos, para garantizar que la víctima u ofendido tenga conocimiento del estado de tramitación del procedimiento:

- Los nuevos artículos 109 y 761.2 encomiendan expresamente al Secretario Judicial la instrucción de sus derechos al ofendido o perjudicado. El citado artículo 761 añade además que la información incluirá la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle.
- El art. 659 (en el ámbito del procedimiento ordinario) y el art. 791 (para el procedimiento abreviado) contempla el de-

ber del Secretario Judicial de informar a la víctima de la fecha y hora de celebración del juicio, aunque no sea parte ni deba intervenir.

- El artículo 534 ter atribuye al Secretario Judicial la comunicación inmediata a la víctima y a las Administraciones competentes de la adopción de medidas de protección.
- Los arts. 742 y 789, apartado 4, disponen la notificación por el Secretario Judicial de la sentencia por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Este último artículo, en su apartado 5, añade que, cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el Secretario Judicial remitirá al mismo la sentencia por testimonio de forma inmediata y que, igualmente, le remitirá la declaración de firmeza y la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte, de la sentencia previamente dictada.
- En el caso de que la sentencia del Juzgado de lo Penal sea recurrida en apelación, el Secretario Judicial informará a la víctima del día señalado, en su caso, para la vista, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención (art. 791).
- El artículo 990 encomienda al Secretario Judicial la puesta en conocimiento de los directamente ofendidos o perjudicados por el delito y, en su caso, a los testigos, todas aquellas resoluciones relativas al penado que puedan afectar a su seguridad.

Las funciones atribuidas en los anteriores artículos al Secretario Judicial, para velar especialmente por la asistencia a las víctimas a lo largo del procedimiento, se complementan en el diseño de la nueva oficina judicial al incluirse en la Sección tercera del Servicio Común General un *Equipo* con la función específica de Atención a profesionales y litigantes y *asistencia a las víctimas*, que para este último aspecto tendrá asignado un funcionario singularizado y constituirá un servicio centralizado para la asistencia de las necesidades más perentorias de las víctimas de delitos conforme a un modelo de asistencia individual mediante la acogida-orientación, información de cualquier ayuda a la que puede acceder, velando por los derechos de las víctimas y prestando asistencia en los ámbitos jurídico, psicológico y social, continuando en la línea comenzada con la creación de las Oficinas de asistencia a las víctimas, previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

3. *Señalamiento y desarrollo de las vistas*. El fomento de las buenas prácticas procesales es uno de los objetivos de la Ley 13/2009. Para ello, esta ley ha introducido una nueva regulación de los señalamientos de toda clase de vistas y de su grabación.

- La reforma atribuye al Secretario Judicial el señalamiento de las vistas en los recursos de apelación en el procedimiento ordinario (art. 230) y abreviado (art. 766), recursos de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal (art. 791), recurso de casación (art. 894) incidentes de recusación de peritos (art. 662) y artículos de previo pronunciamiento (art. 673).
- Las sesiones de juicio también serán señaladas por el Secretario Judicial (art. 785 y 749 si concurre causa de suspensión que requieran un nuevo señalamiento, art. 800 para los juicios rápidos, artículo 808 para los juicios de calumnias e injurias, artículo 965 para la celebración del juicio de faltas inmediato). El señalamiento de la reanudación del juicio se efectuará por el Juez o Presidente siempre que pueda realizarse al mismo tiempo que se acuerde la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de 30 días (art. 788). En los restantes casos, el señalamiento de fecha para el nuevo juicio oral se hará por el Secretario Judicial.
- En cuanto al desarrollo de las vistas, el artículo 743 dispone que el Secretario Judicial debe custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación y que siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia del Secretario Judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el SJ (...), supuesto en el cual el Secretario Judicial extenderá acta sucinta (...). Las disposiciones de este artículo serán aplicables al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 815) y para el juicio de faltas (art. 972).

En consonancia con las disposiciones anteriores, la reforma suprime la referencia que a los Secretarios Judiciales contenían varios artículos. Así el art. 701 dispone que «se *dará*

cuenta [antes, «*el Secretario dará cuenta*»] del hecho que motivó la formación del sumario (...); «*se dará lectura* a los escritos de calificación (...)»; el art. 786 preceptúa que «*el Juicio comenzará con la lectura* [antes «por el Secretario»] de los escritos de acusación y la defensa». En la misma línea el art. 787 atribuye al Juez o Presidente del Tribunal la función de informar al acusado de las consecuencias de su conformidad [antes era el Secretario]; y el art. 789 suprime la referencia a que el Secretario Judicial dará fe del fallo y la sucinta motivación de las sentencias pronunciadas oralmente en el mismo acto del Juicio.

4. *Resoluciones procesales*: la reforma comentada sitúa al Secretario Judicial al frente de los Servicios Comunes, por lo que será el Secretario el impulsor de los mismos para que el Juez o Tribunal pueda dictar las resoluciones de fondo en tiempo y forma. Este modelo supone, por un lado, la necesidad de regular las resoluciones dictada por los Secretarios Judiciales en el ejercicio de sus atribuciones y los recursos contra las mismas, que permitirán al titular del órgano judicial conocer de las impugnaciones interpuestas contra las resoluciones del Secretario Judicial. Por ello, bajo la nueva rúbrica del Título VI de la LECrim «*De la forma de dictar resoluciones y del modo de dirimir las discordias*» y del Capítulo Primero «*De las resoluciones procesales*» se recoge la regulación de las resoluciones de los Secretarios Judiciales, diligencias y decretos, en el marco de las nuevas atribuciones que la ley les otorga y de acuerdo con las previsiones del art. 456 de la LOPJ en la Ley 13/2009.

En este contexto, el nuevo artículo 144 bis dispone que, salvo que la ley disponga otra cosa, se dictará *diligencia* de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la Ley establezca, dictándose diligencias de constancia, comunicación o ejecución a efectos de reflejar en autos hechos o actos con transcendencia procesal. Las diligencias se limitarán a la expresión de lo que se disponga, el lugar, la fecha y el nombre y la firma del Secretario Judicial que las dicte. Las diligencias de ordenación incluirán además una sucinta motivación cuando así lo disponga la Ley o cuando el Secretario Judicial lo estime conveniente.

Se llamará *decreto* a la resolución que dicte el Secretario Judicial con el fin de poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia o cuando sea preciso o conve-

niente razonar su decisión. Los decretos serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva (art. 456 LOPJ y 144 bis LOPJ).

Además, en este ámbito la Ley 13/2009 afecta a algunos aspectos de las resoluciones de Jueces y Tribunales. Junto a la modificación del número de Magistrados necesarios para dictar autos y sentencias en el Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia (art. 145), y en armonía con la atribución al Secretario Judicial del impulso del procedimiento, las Providencias ya no se conciben como resoluciones de mero impulso procesal, pues quedan reservadas *para resolver cuestiones procesales reservadas al Juez y que no requieran legalmente la forma de auto* (art. 141), suprimiendo la redacción anterior que se refería a las Providencias como resoluciones de mera tramitación.

En coherencia con lo anterior, la Ley 13/2009 modifica los artículos correspondientes, para introducir la oportuna referencia a las resoluciones de los Secretarios Judiciales al referirse a la notificación de las resoluciones (art. 175), a la posibilidad de aclarar o rectificar errores materiales de las resoluciones (art. 161) y al dictar normas sobre cuándo deben dictarse y firmarse y los plazos para interponer recursos contra las mismas (art. 197, 204, 205 y 211).

La atribución de nuevas facultades y tareas a los Secretarios Judiciales implicaba una revisión del sistema de recursos previstos en la LECrim. Por ello, la ley 13/2009 modifica la rúbrica del título X ampliando su objeto al referirse a *los recursos contra las resoluciones procesales*, en dos capítulos distintos. El primero de ellos, relativo a *los recursos contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales* —que incluye los artículos 216 a 238 con las modificaciones derivadas de la atribución al Secretario Judicial del impulso del procedimiento—. Y un segundo capítulo sobre los recursos *contra las resoluciones de los Secretarios Judiciales*, que regula el **recurso de reposición** contra las diligencias de ordenación y los decretos —excepto en aquellos supuestos en que proceda la interposición directa del recurso de revisión por así preverlo expresamente la ley— (art. 238 bis) y el **recurso de revisión** (art. 238 ter).

III. Estructura de la NOJ

La reforma de la estructura y organización de la oficina judicial fue efectuada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, que puso los cimientos para la efectiva implantación de la nueva oficina judicial y la posterior reforma de las leyes procesales.

La Ley 19/2003 diseña una Oficina judicial flexible, cuya dimensión y organización se determina por la Administración pública competente —el Ministerio o las CCAA con competencias asumidas, según los casos—, en función de la actividad que en la misma se desarrolle, y que se configura como una *organización de carácter instrumental*, homogénea en todo el territorio nacional como consecuencia del carácter único del Poder al que sirve y basada en los principios de jerarquía², división de funciones³ y coordinación entre los distintos órganos de la misma estructura.

El nuevo diseño pretende impulsar una organización que haga posible la introducción de metodologías de trabajo y criterios de gestión homogéneos en todas las oficinas judiciales, la racionalización de los medios y la incorporación de las nuevas tecnologías, con la finalidad de obtener un servicio más ágil, eficaz y de calidad que preste una mejor atención a los ciudadanos y distingue, en atención a sus funciones, dos

² A este principio responde la nueva ordenación jerárquica del Cuerpo de Secretarios judiciales a través de una organización piramidal del mismo al frente del cual se encuentra el Secretario General y, la propia estructura de las oficinas organizadas en servicios comunes, dirigidas por un Secretario Judicial, las cuales pueden estructurarse en secciones y, en su caso, en equipos cuando las necesidades del servicio lo aconsejen. Al frente de las distintas secciones o equipos habrá un jefe según dispongan las relaciones de puestos de trabajo; jefaturas que junto con los Secretarios Judiciales pueden ostentar los funcionarios de los Cuerpos de Gestión, Tramitación y Auxilio Judicial (artículos 476, 477 y 478 LOPJ).

Corresponde a los Secretarios de Gobierno y los Secretarios Coordinadores Provinciales cursar Circulares e Instrucciones de servicio a los Secretarios Judiciales de su territorio, y a los Secretarios directores de servicios comunes hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que les sean propios, las Órdenes y Circulares que reciban de los mismos. Deberán respetarse en todo caso la independencia de criterio de los Secretarios Judiciales en los asuntos concretos en que intervengan en su calidad de fedatarios públicos o en el ejercicio de sus competencias de ordenación y dirección del proceso.

³ La división de funciones se refleja en la nueva oficina judicial en la estructuración de los servicios comunes en secciones, que pueden dividirse en equipos, de forma que el trabajo se distribuya por trámites y fases. Ello, sin perjuicio de que todos los funcionarios puedan realizar tareas de naturaleza análoga a las inherentes a su puesto que les sean encomendadas por sus superiores, a fin de garantizar la necesaria flexibilidad del sistema.

tipos de unidades⁴: unidades procesales de apoyo directo y servicios comunes procesales (art. 435 y 436 LOPJ).

La *unidad procesal de apoyo directo (UPAD)* constituye aquella unidad de la Oficina judicial que directamente asiste a jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten. La LOPJ prevé la creación de tantas unidades procesales de apoyo directo como juzgados, o en su caso, salas o secciones de tribunales estén creados y en funcionamiento, integrando junto a sus titulares el respectivo órgano judicial y sitúa al frente de las mismas un Secretario Judicial que ejercerá las competencias y funciones que le son propias y ello sin perjuicio de que, por motivos de racionalización del servicio, un mismo Secretario Judicial podrá actuar en más de una de estas unidades.

La determinación de las dotaciones básicas de estas unidades procesales de apoyo directa, se estableció por el Ministerio de Justicia en la Orden de 18 de octubre (JUS/3244/2005), tal y como estaba previsto en el art. 437 de la LOPJ.

La Ley 19/2003 prevé asimismo la creación de *los servicios comunes procesales*, definiéndolos como la unidad de la Oficina judicial que, sin estar integrada en un órgano judicial concreto, asume labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales. Dichos Servicios comunes procesales estarán dirigidos por un Secretario Judicial⁵, de quien dependerán funcionalmente el resto de los Secretarios Judiciales y el personal destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio de que se trate y que, en todo caso, deberá ser suficiente y adecuado a las funciones que tiene asignado el mismo.

El Secretario Judicial que dirija un servicio común procesal deberá hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que le es propio, las ordenes y circulares que reciba de sus superiores jerárquicos. En el ámbito jurisdiccional, responderán del estricto cumplimiento de cuantas actuaciones o decisiones adopten jueces o tribunales en el ejercicio de sus competencias.

⁴ La Ley 19/2003 prevé además la creación de las *unidades administrativas*, que sin estar integradas en la oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la Administración de Justicia para dirigir, ordenar y gestionar los recursos humanos, así como para gestionar los medios informáticos, las nuevas tecnologías y otros medios materiales.

⁵ No obstante, el mismo artículo 437 de la LOPJ prevé que, en aquellos partidos judiciales en que el escaso número de órganos judiciales lo aconseje, el mismo Secretario Judicial de la UPAD ejerza la dirección de los servicios comunes procesales que se constituyan.

La reforma prevé expresamente la creación de los servicios comunes con funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria, pero incluye la posibilidad de creación de otros servicios comunes con funciones de ordenación del procedimiento u otras funciones, previo informe favorable del CGPJ (art. 438 de la LOPJ).

El diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales corresponde al Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios. En el ámbito del Ministerio, la *Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio*⁶, determina la estructura y aprueba las relaciones de puestos de trabajo de las Oficinas Judiciales y de las Secretarías de Gobierno incluidas en la Primera Fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial⁷ [Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Murcia, Palma de Mallorca, Ceuta y Melilla]; y tiene por objeto la creación de las unidades procesales de apoyo directo y de los servicios comunes procesales y la delimitación de las principales funciones a desarrollar por los Secretarios Judiciales y los funcionarios de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa en las UPADs y en los Servicios Comunes, describiendo además las funciones del Cuerpo de Auxilio Judicial en estos últimos Servicios. Asimismo la Orden 1741/2010 aprueba las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las Secretarías de Gobierno.

En el modelo impulsado por el Ministerio de Justicia con carácter general, existen tres servicios comunes procesales⁸, dirigidos cada uno de ellos por un Secretario Judicial:

- El *Servicio Común General*: con funciones de registro, reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, depósito, archivo, atención a profesionales y asistencia a víctimas, estadística, averiguación patrimonial y de domicilio y caja y, en general, todas las labores centralizadas y de carácter transversal no encomendadas

⁶ BOE de 30 de junio de 2010, corrección de errores en BOE de 22 de julio de 2010.

⁷ El art. 2 de la ORDEN permite expresamente que en aquellos partidos judiciales donde la primera fase de implantación de la oficina judicial no comprende la totalidad de sus órganos judiciales (ejemplo, Murcia), determinados servicios comunes procesales presten apoyo y extiendan su ámbito competencial a los órganos judiciales no incluidos.

⁸ El Ministerio de Justicia ha decidido así hacer uso de la previsión legal del art. 438 de la LOPJ creando un servicio común que asuma la ordenación del procedimiento al entender que ello contribuirá a la consecución de una oficina judicial más ágil, eficaz y eficiente y a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos a fin de poder ofrecer el mejor servicio a los ciudadanos.

expresamente a otros servicios procesales. Además, este servicio realizará las funciones de apoyo al Presidente de la Audiencia Provincial y/o al Decano.

La Orden Ministerial 1741/2010 crea este Servicio (art. 11 de la Orden), teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Reglamento 2/2010 del Consejo General del Poder Judicial sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales⁹ y lo estructura en las siguientes secciones (art. 14 de la Orden):

1. *Sección de recepción de escritos, registro, reparto y estadística*: que se encargará principalmente de organizar todo el registro y reparto de los escritos iniciadores, de trámite y exhortos que se presenten, de registrar, clasificar y distribuir la correspondencia recibida con destino a otro servicio común o a las UPADs de los órganos jurisdiccionales y de gestionar toda la estadística que se genere en el partido judicial.
2. *Sección de actos de comunicación y auxilio judicial*, que se encargará principalmente de la realización de todos los actos de comunicación que se realicen dentro o fuera de la oficina judicial tanto en su modalidad de recepción, admisión y ordenación de diligencias como en la realización de actos de ejecución y de auxilio judicial.
3. *Sección de otros servicios*, que se encargará principalmente del depósito de todos los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales y del archivo de los expedientes; de realizar a los registros o instituciones cuantas consultas informáticas sean necesarias para la averiguación de domicilios y centralizar todos los mandamientos de pago y órdenes de transferencia librados por los órganos judiciales. Asimismo se encargará de la asistencia a las víctimas y de la atención al ciudadano litigante y profesionales proporcionando a estos últimos, con pleno respeto a la intimidad personal y el carácter secreto o reservado, en su caso, de las actuaciones, cuanta información le sea requerida respecto de los procedimientos en los que son parte. También se ocupará con carácter general de la gestión de todos los señalamientos y vistas y de centralizar la realización de tareas propias de los funcionarios de Cuerpo de Auxilio Judicial en las distintas unidades procesales de apoyo

⁹ Reglamento aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (publicado en el BOE 12/3/2010).

directo, servicios comunes procesales y Secretaría de Gobierno.

Por último, la Orden prevé además la existencia en esta Sección de un Equipo de Apoyo dotado con funcionarios de los Cuerpos de Gestión y Tramitación para asistir a las unidades procesales de apoyo directo y a los servicios comunes procesales y al resto de centros de destinos de la Oficina Judicial en casos de ausencia, cuando sea necesario un refuerzo en función de la evolución de la carga de trabajo de carácter no estructural y, en general, cuando sea necesario para garantizar la correcta prestación del servicio, siempre de acuerdo con las disponibilidades del momento.

- El Servicio Común de Ordenación del Procedimiento*, que asume la tramitación de los procedimientos en todos aquellos aspectos en los que no resulte imprescindible la intervención del Juez o Magistrado.

La Orden Ministerial crea este Servicio (art. 11) y lo organiza en secciones correspondientes a los distintos órdenes jurisdiccionales, estableciendo expresamente la posibilidad de que una misma sección pueda asumir la tramitación de procedimientos de distintos órdenes jurisdiccionales cuando la carga y la organización del trabajo de la oficina judicial así lo requiera (art. 19).

- El Servicio Común de Ejecución*, que asumirá, bajo la dirección del Secretario Judicial la ejecución de los procedimientos en todos los aspectos en los que no resulte imprescindible la intervención del Juez o Magistrado.

La Orden Ministerial establece que este Servicio estará integrado por las secciones de ejecución de resoluciones correspondientes a los distintos órdenes jurisdiccionales, con la misma posibilidad recogida para el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, pues una misma sección podrá asumir la ejecución de resoluciones recaídas en procedimientos de distintos órdenes jurisdiccionales cuando la carga y la organización del trabajo de la oficina judicial así lo requieran.

Este Servicio común de ejecución se encargará de cuantas consultas informáticas sean necesarias para la averiguación patrimonial y de las actuaciones necesarias para la realización de los bienes embargados a través de la correspondiente subasta presencial y/o electrónica. Una misma sección podrá asumir la realización de las subastas de un mismo partido judicial o de la provincia o atribuirse dicha tarea a diferentes secciones del servicio

común de ejecución en función del orden jurisdiccional respectivo (art. 23 de la Orden).

IV. Implantación de la NOJ

1. *Observaciones generales*

En el momento actual, al estudiar la implantación de la nueva oficina judicial y el proceso de modernización de la Justicia con la entrada en vigor de las reformas procesales debemos tener en cuenta una serie de observaciones:

1. La *implantación* de la Nueva Oficina Judicial con el acoplamiento correspondiente de todos los funcionarios correspondientes a su ámbito, debe ser realizada de manera *progresiva*¹⁰, *coordinada* y *planificada*, en función de las disponibilidades existentes¹¹.
2. En dicha implantación hay que partir además de una *actual organización* y gestión de medios personales y materiales asimétrica, teniendo en cuenta que algunas CCAA han asumido la mayor parte de las competencias correspondientes a estas materias en su ámbito territorial, y sin embargo en otras CCAA la gestión corresponde en su totalidad al Ministerio de Justicia.
3. Las reformas de las leyes de procedimiento que contempla la Ley 13/2009, que entró en vigor el pasado 5 de mayo de 2009, son aplicables tanto en los partidos judiciales que todavía no participan en el despliegue de la Nueva Oficina Judicial (NOJ-I) como

¹⁰ El plan diseñado por el Ministerio de Justicia, prevé un despliegue progresivo de la nueva oficina Judicial en ocho ciudades-piloto, Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Palma de Mallorca, Ceuta, Melilla y Murcia. En el Boletín Oficial del Estado de fecha 15 de julio de 2010 se publicaron las Ordenes correspondientes por las que se convocaba la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación y concurso específico de méritos de puestos de trabajo del Cuerpo de Secretarios Judiciales y funcionarios del Cuerpo de Gestión y Tramitación Procesal y Administrativa y Auxilio Judicial de la Administración de Justicia.

¹¹ La Disposición Transitoria Única de la Orden JUS/3244/2005 que establece las dotaciones básicas de las UPADS, fija la supresión de la actual estructura de Juzgados y Tribunales y de los actuales puestos de trabajo desempeñados por el personal al servicio de la Administración de Justicia a medida que entre en funcionamiento el nuevo modelo de oficina judicial y sean aprobadas las relaciones de puestos de trabajo de los centros de destino en los que se vaya produciendo el proceso de acoplamiento a la nueva oficina judicial.

en las anteriores ciudades citadas en las que próximamente entrará en funcionamiento de la Nueva Oficina Judicial (NOJ II).

4. El anterior modelo de distribución de competencias en el marco del procedimiento deberá coexistir en todo caso con el nuevo sistema, en cumplimiento de las *Disposiciones Transitorias* que disponen que *los procesos de declaración que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente ley, se continuarán sustanciando hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior* (D.T. Primera) y *los señalamientos efectuados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán el régimen previsto en la normativa vigente en el momento de acordarse* (D.T. Segunda).

2. Planes de implantación

Para lograr el éxito en el proceso de implantación de la Oficina Judicial y facilitar el tránsito al nuevo modelo organizativo, resultaba necesario abordar una serie de proyectos y planes específicos preparatorios de las sedes seleccionadas para la primera fase de implantación. Junto con un amplio programa de *formación* para Secretarios Judiciales y funcionarios y *planes de sensibilización y comunicación*, se han adoptado medidas para la actualización y puesta al día de los procedimientos de *ejecución* en los órganos judiciales con mayor pendencia de asuntos y se trabaja actualmente en *impulsar la tramitación* de los procedimientos que se encuentren en fase declarativa y deben continuar conforme a la antigua ley su tramitación hasta que recaiga sentencia en dicha instancia. Se ha planificado la *migración* (física y tecnológica) de los procedimientos y diseñado un plan de *contingencias* de los servicios comunes procesales para atender las contingencias que pudieran surgir con la puesta en funcionamiento del Servicio Común de Ordenación del Procedimiento y del Servicio Común de Ejecución. Y por otro lado se están definiendo una serie de *pautas organizativas* de los servicios comunes, que sirvan como marco de referencia a las personas responsables de cada servicio o sección. Estas actuaciones se complementan con el *Proyecto de Inspección y Auditoría*, que pretende establecer sistemas para detectar y corregir las deficiencias puntuales estructurales detectadas en el funcionamiento de los servicios comunes y Secretarías de Gobierno y con el *Plan de implantación del Protocolo Marco y sistemas de Gestión de Calidad*, para garantizar la eficiencia de las oficinas judiciales y un marco de mejora continua de las mismas.

3. *Los protocolos de actuación y el protocolo marco*

La existencia de distintas unidades en la Nueva Oficina Judicial implica la necesidad de establecer una serie de normas que aseguren la uniformidad en la gestión de los procedimientos y unas normas de interrelación y actuación entre las unidades. La adecuada coordinación entre las distintas unidades de la oficina judicial constituye así un aspecto imprescindible para un correcto funcionamiento de la nueva oficina judicial pues es constante el flujo del procedimiento entre una unidad y otra durante toda su tramitación. Estos mecanismos de coordinación se articulan a través de las directrices recibidas de los superiores jerárquicos, las juntas de coordinación y los protocolos de actuación, mecanismos que contribuirán a definir la participación de las distintas unidades en un procedimiento y la forma de relación entre los mismos.

El art. 8 del *REAL DECRETO 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales*¹² se refiere expresamente a los protocolos de actuación que deben ser elaborados por el Secretario Coordinador Provincial y aprobados por el Secretario de Gobierno para el ejercicio de las funciones asignadas, tanto en el ámbito de las Unidades Procesales de Apoyo Directo como en el ámbito de los Servicios Comunes, protocolos que deben aplicar los criterios generales aprobados por el CGPJ para homogeneizar las actuaciones de los Servicios Comunes Procesales de la misma clase en todo el territorio nacional y se deben adaptar al diseño y organización del Servicio Común establecido por la Administración Pública competente, así como a las funciones asignadas a cada uno de los puestos en las relaciones de puestos de trabajo. Estos protocolos deben incluir los criterios de prelación en la tramitación de los asuntos de conformidad con lo establecido en las leyes y respetando las competencias procesales de los jueces y tribunales, los documentos normalizados a emplear en cada caso en concreto, las normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales, las normas de actuación y comunicación entre las distintas unidades de la Oficina judicial cuando ambas deban intervenir en la tramitación del procedimiento, las medidas concretas necesarias para verificar el control de calidad del trabajo procesal de las Oficinas judiciales, así como la integración de las instrucciones recibidas de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia para garantizar la efectividad de las funciones de éstas en

¹² BOE de 20 de enero de 2006.

materia de organización y gestión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia y todos aquellos otros datos que el redactor del protocolo crea convenientes para la más eficiente tramitación de los procedimientos judiciales.

Sin embargo, y con la finalidad de uniformar los criterios de actuación de los distintos servicios comunes, se ha elaborado desde el Ministerio de Justicia un *Protocolo Marco* que sienta las bases de los protocolos que serán aprobados por los Secretarios de Gobierno antes citados. Dicho Protocolo Marco, con pleno respeto a los criterios generales de homogeneidad dictados por el CGPJ, y sin invadir el ámbito de competencias reservado a Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales, fija normas de actuación y pautas para las oficinas judiciales, define los mecanismos de actuación y comunicación entre las distintas unidades e identifica además las responsabilidades de los distintos puestos.

Este Protocolo Marco incluye unos *Esquemas de Tramitación Procesal* de los procedimientos judiciales tipo en cada orden jurisdiccional para explicar qué unidades intervienen en cada una de las fases de tramitación procesal; un *Manual de Procedimientos*, que incluye un mapa de procedimientos necesario para una adecuada organización de los distintos servicios y su interrelación, identificando las actividades a desarrollar, la unidad y puesto responsable de su ejecución y control, la relación de entradas y salidas, los grupos de actividades y su interrelación y las herramientas necesarias y un *Manual de Puestos* que, como marco de referencia dinámico, define y delimita las funciones de los puestos de trabajo asociados a las diferentes unidades que componen su estructura organizativa.

Por otro lado, uno de los principios fundamentales de la Nueva Oficina Judicial es el principio de jerarquía, principio indispensable para garantizar la unidad de actuación de la oficina judicial y así lograr su buen funcionamiento. En este sentido la LOPJ atribuye a los Secretarios Judiciales la dirección del personal integrante en aspectos técnicos procesales (arts. 438.5, 454.2 y 457 de la LOPJ¹³). Y los artículos 476, 477 y 478 LOPJ recogen la posibilidad de que los funcionarios de los distin-

¹³ Artículo 438.5 LOPJ: «Al frente de cada servicio común procesal constituido en el seno de la Oficina judicial habrá un secretario judicial, de quien dependerán funcionalmente el resto de los secretarios judiciales y el personal destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio de que se trate y que, en todo caso, deberá ser suficiente y adecuado a las funciones que tiene asignado el mismo.»

Art. 454.2 LOPJ: «Los secretarios judiciales ejercerán competencias de organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales, asegurando en todo caso la coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las comunidades autónomas con competencias transferidas».

tos Cuerpos puedan asumir las jefaturas en las distintas unidades debiendo ejercer por tanto las funciones propias de las mismas.

Este principio de jerarquía se refleja también en la Oficina judicial a través de las relaciones internas, entre las personas que integran un mismo servicio común y las relaciones externas, propias de la comunicación entre las distintas unidades. Por ello, el *Protocolo Marco* aborda los mecanismos de *relación y comunicación* entre las distintas unidades de la oficina judicial e *identifica las relaciones* entre directores de servicios comunes; entre el director del servicio y los Secretario Judicial del servicio; entre el director del servicio y el jefe de sección; y entre el Secretario director del servicio y los gestores, tramitadores y funcionarios del cuerpo de Auxilio Judicial.

4. *La futura Ley de Demarcación y Planta judicial*

Además de las reformas anteriores en el diseño de la Oficina judicial y en la gestión y tramitación del procedimiento, es necesario para la modernización de la Justicia un reajuste de la organización territorial y competencial de las estructuras judiciales, todavía ancladas a realidades demográficas y socioeconómicas ya superadas.

Por ello, el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia, establece como segundo objetivo del eje 1 («Un servicio público de calidad») sentar las bases para la *adecuación de la Demarcación y Planta Judicial* a la evolución de la sociedad española con apoyo en las conclusiones de un Grupo de Expertos que permitiese elaborar el borrador de proyecto de ley de reforma de la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

La Comisión sobre Demarcación y Planta fue constituida en el Consejo de Ministros de 24 de abril de 2009, con el encargo de presentar al Ministro de Justicia un Informe de recomendaciones con las bases para la elaboración de la futura Ley de Demarcación y Planta Judicial para su elevación al Consejo de Ministros que fue finalizado el 29 de marzo de 2010. Este Informe sintetiza las propuestas de la Comisión en cinco recomendaciones¹⁴: la superación del partido judicial como base

Art. 457 LOPJ: «Los secretarios judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal a personal integrante de la oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función».

¹⁴ El Informe recoge además las líneas generales de desarrollo del modelo propuesto (Oficinas delegadas de registro, mediación y auxilio judicial, Tribunales de base, Tribunales de Instancia, Tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Tribunal Central de lo

del modelo, la extensión de la organización colegiada, la creación de tribunales de base o primer grado, la creación de tribunales de instancia y la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal.

El mismo Plan Estratégico fijaba los aspectos que el grupo de expertos debía analizar en su estudio: el incremento de la judicialización de los conflictos de la vida social vinculada a la concienciación mayor de los ciudadanos de los derechos y garantías que les asisten, entre ellos el derecho de defensa; la complejidad demográfica; las crisis económicas y su incidencia en el incremento de la litigiosidad en determinadas jurisdicciones; el incremento paulatino y general de la tasa de litigiosidad; la definición de las cargas de trabajo, que razonablemente pueden ser asumidas por los órganos judiciales, a fin de ofrecer un sistema judicial de calidad; y los sistemas de acceso del ciudadano a los órganos judiciales a través de la definición de su ámbito territorial.

A partir de las bases presentadas por el Comité de Expertos de Planta y Demarcación se ha abierto un proceso de reflexión y diálogo, sobre la oportunidad de reestructuración de la organización funcional de los órganos jurisdiccionales unipersonales y las ventajas y dificultades de configuraciones organizativas alternativas que permitan abordar los problemas de sustitución entre los miembros de la Carrera Judicial, que faciliten la unificación de criterios jurisdiccionales y la asignación objetiva de asuntos.

5. *Las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia*

La decidida apuesta por la modernización de la Justicia que se desprende de las anteriores reformas comentadas, para el cumplimiento efectivo de sus fines, implica necesariamente la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la administración de Justicia, para ofrecer al ciudadano un servicio próximo y de calidad y de manera ágil, y eficaz¹⁵.

Penal, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo) e incluye una serie de recomendaciones asociadas con medidas que deben acompañar el despliegue del nuevo modelo de planta judicial.

¹⁵ La Carta de los Derechos de los ciudadanos ante la Justicia que se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002, recoge en su punto 21 que: «El ciudadano tiene 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. Los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de la Administración de Justicia así como en las relaciones de

En esta línea, el Plan estratégico de Modernización de la Justicia, presentado el 18 de septiembre de 2009, incluía entre sus objetivos el desarrollo de seis ejes estratégicos para conseguir un servicio público de calidad, una Justicia profesional y altamente cualificada, una Justicia tecnológicamente avanzada, un servicio público orientado a las personas, una política basada en la colegiación de esfuerzos y el fortalecimiento de la dimensión jurídica internacional.

Con los planes diseñados en desarrollo de los anteriores ejes, se persigue garantizar, por un lado, el acceso del ciudadano a la información judicial y a los servicios y por otro lado, asegurar la eficacia y conseguir la máxima eficiencia de la Administración de Justicia mediante el despliegue de los sistemas de gestión, información y documentación que favorezcan las comunicaciones entre las distintas instancias y operadores jurídicos.

Para conseguir la primera finalidad, una Justicia accesible para los ciudadanos y los profesionales, se ha impulsado la creación de un *portal de la Administración de Justicia para el Ciudadano*, un *Portal de la Administración de Justicia para los Profesionales*, y se ha actualizado el *Portal del Ministerio Fiscal* **fiscal.es** y las aplicaciones de la *intranet de Fiscales*. Se ha implantado y se encuentra en funcionamiento el *Portal de Secretarios Judiciales* y se trabaja además en la actualidad en el *Portal de Funcionarios*, el *Portal del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses* y de los *Institutos de Medicina Legal* y el *futuro Portal de la Oficina Judicial*.

En *segundo lugar*, para conseguir el tratamiento ágil, eficaz y seguro de los procedimientos y garantizar la interoperabilidad entre las distintas instancias y operadores jurídicos, es necesario diseñar un funcionamiento integrado y conjunto de las diferentes aplicaciones informáticas al servicio de la Administración de Justicia. Por ello, y en desarrollo del art. 230 de la LOPJ, el Ministerio de Justicia ha desarrollado las correspondientes aplicaciones para la gestión del procedimiento adaptadas a la nueva oficina judicial y las reformas procesales.

—En relación con la tramitación de los procedimientos y su constancia en las aplicaciones informáticas, las reformas descritas en las normas procesales y en la tramitación del procedimiento, así

ésta con los ciudadanos. Los documentos emitidos por los órganos de la Administración de Justicia y por los particulares a través de medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes.»

como la creación de nuevas unidades en la configuración de la oficina judicial, implicaban la necesidad de adaptar y configurar las aplicaciones informáticas existentes. A ello responden los trabajos de actualización del programa *MINERVA*. En la actualidad se ha implantado la aplicación informática *MINERVA-NOJ 1.0* que permite la tramitación guiada y flexible en los asuntos procesales en todas las sedes judiciales dependientes del Ministerio de Justicia y se trabaja paralelamente en *MINERVA-NOJ 2.0*¹⁶, la aplicación, evolución de *MINERVA*, que dará soporte a la estructura y organización de la Nueva Oficina Judicial, para lo que se ha adaptado el aplicativo a la estructura organizativa de la NOJ (UPAD's y servicios comunes) e se incluye una nueva gestión de usuarios que permite a los Secretarios definir el perfil de trabajo de cada uno de ellos [en función de los órganos y tipos de procedimientos a los que puede acceder para tramitar, consultar, etc], la posibilidad de tramitación guiada y la función de «avisos de tareas y trámites pendientes» a nivel de UPAD, Servicio Común e incluso individualizado por funcionario. La nueva aplicación agiliza asimismo la navegación entre las distintas UPAD del Servicio Común asociado, pudiendo realizar en la misma sesión de trabajo tareas de tramitación, notificación, etc.

- Se trabaja además en la implementación en la Audiencia Nacional de un sistema de gestión basado en el *expediente electrónico*, que permitirá la progresiva eliminación del papel en los expedientes. Este proceso supone la digitalización de toda la documentación que llegue en soporte de papel a la Oficina del Registro de la Audiencia, a través de un nuevo servicio de reprografía anexo al Servicio del Registro, encargado de digitalizar toda la documentación de entrada, previamente catalogada y clasificada por el personal del Registro. Además, cualquier documento que se emita por alguno de los órganos de la Audiencia Nacional¹⁷ se incorporará al correspondiente expediente digital a través de mecanismos de integración con *MINERVA NOJ*. Todos los documentos generados con cualquier otra herramienta en formato digital

¹⁶ En septiembre de 2010 han comenzado las pruebas piloto Minerva Fase II en Murcia y Burgos cuyo objetivo es probar Minerva fase II en un entorno de nueva oficina judicial con servicios comunes y usuarios reales de las propias Unidades Funcionales. Las pruebas están siendo ejecutadas en las propias sedes judiciales, por funcionarios expertos en gestión procesal.

¹⁷ El proyecto afecta a toda la Audiencia Nacional, excepto al Juzgado Central de Menores y Vigilancia Penitenciaria.

- se incorporarán directamente al expediente, y si estuviesen en formato de papel, se incorporará su versión escaneada.
- Se está desarrollando además en la actualidad la transmisión de documentos (*LEXNET*¹⁸), y se trabaja en la actualidad en el sistema de validación de actuaciones y escritos con la firma digital. La utilización de la firma electrónica en las aplicaciones informáticas de la Administración de Justicia, así como la necesidad de dotar a los usuarios de los servicios ofrecidos por la e-Administración, de los instrumentos de autenticación y firma necesarios para utilizarlos, implicaba el desarrollo de una plataforma de firma digital propia de la Administración de Justicia. En el momento actual se trabaja en el desarrollo y ampliación de las funcionalidades de esta Plataforma de firma electrónica.
 - Las reformas procesales y la puesta en funcionamiento de la oficina judicial demandan una transformación de las salas de vistas y sistemas de videoconferencia, incorporando, entre las nuevas funcionalidades, *la firma electrónica en los sistemas de grabación audiovisual*. La previsión para el año 2010 consiste en continuar la implantación de los sistemas para la grabación en las salas de vistas y los sistemas de videoconferencia impulsada en el año 2009. Por otro lado, se está trabajando en la evolución de los aplicativos actuales para su integración con los sistemas de gestión procesal así como la incorporación de *firma electrónica* para que las grabaciones puedan incorporar al procedimiento judicial con las garantías legislativas correspondientes. Este proyecto constituye, junto con la implantación de la firma digital, una tarea fundamental para la implantación efectiva de la Nueva Oficina judicial y la redistribución de tareas efectuadas en las reformas procesales, pues el cumplimiento de las funciones encomendadas a los Secretarios Judiciales sólo podrá ser abordado suprimiendo su presencia en las vistas (como regla general).
 - Asimismo, y como proyecto imprescindible, se trabaja en aplicaciones que permitan la *interoperabilidad entre Administraciones y sus sistemas informáticos*. La cooperación y coordinación entre Administraciones resulta imprescindible para evolucionar tecnológicamente los actuales desarrollos informáticos y lograr la interoperabilidad entre todos los sistemas y aplicativos que prestan

¹⁸ En agosto de 2010 el 99,61% de los órganos judiciales no transferidos disponían del sistema Lexnet y se están realizando tareas de mantenimiento correctivo y evolutivo del sistema actual que permitirán la incorporación de nuevos usuarios. Se trabaja además en la actualidad en la implantación de la funcionalidad de traslado de copias.

servicios en la Administración de Justicia, lo que mejorará el funcionamiento de los servicios públicos de atención al ciudadano y el funcionamiento interno de la propia Administración.

En desarrollo del art. 41 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que establece que las Administraciones Públicas podrán suscribir convenios de colaboración con objeto de articular medidas e instrumentos de colaboración para la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes o ventanillas únicas, el *30 de septiembre de 2009 se firmó el Convenio de colaboración entre el Ministerio de justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado para el establecimiento del esquema judicial de interoperabilidad y seguridad en el ámbito de la Administración de Justicia*, al que posteriormente se han adherido las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en la materia, tal y como permitía la Cláusula 4.ª del Convenio.

El Convenio tiene por objeto acordar la colaboración entre los órganos y entidades citados para el desarrollo de las actuaciones precisas con el objetivo de establecer un Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS) que permita, a través de las plataformas tecnológicas necesarias, el funcionamiento integrado y conjunto de todas las aplicaciones informáticas al servicio de la Administración de Justicia. EJIS garantizará la interoperabilidad de los sistemas informáticos del Estado y las Comunidades Autónomas, permitiendo a todos los Juzgados y Tribunales, operar entre sí y con el Ministerio Público.

V. Conclusiones

La modernización de la administración de Justicia, para la prestación efectiva de un servicio de calidad y ágil, precisaba una profunda reforma que permitiese el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales en el ámbito judicial.

A ello responde en definitiva el diseño de la Nueva Oficina Judicial y las reformas en la legislación procesal que realizan un reparto de las funciones entre todos los intervinientes en la tramitación y resolución de los procedimientos, destacando las atribuciones al Secretario Judicial, como director de la nueva oficina.

Asimismo, y en el marco del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, se ha impulsado la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Justicia, con el desarrollo de programas informáticos y aplicaciones que permitirán una mayor agilidad y se-

guridad en la gestión procesal de los procedimientos, así como el funcionamiento integrado entre todas las Administraciones, permitiendo la comunicación entre sus aplicaciones informáticas, para conseguir un mejor servicio a los ciudadanos y un mejor funcionamiento interno de la propia Administración.

El camino hacia la Nueva Oficina Judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco

Rosa Gómez Álvarez

Dirección de Oficina Judicial y Fiscal.
Viceconsejería de Justicia. Gobierno vasco

I. Introducción

El camino hacia la Nueva Oficina Judicial (NOJ) en la Comunidad Autónoma del País Vasco supone una implantación gradual de esta reforma organizativa en los distintos Partidos judiciales de Euskadi.

Para ello, el Gobierno Vasco se ha dotado de una serie de instrumentos clave para que la Nueva Oficina Judicial se establezca de la forma más eficaz posible. Estos instrumentos son, en primer lugar, la adopción de un diseño organizativo sobre la forma de organizar los diecisiete Partidos judiciales de Euskadi; en segundo lugar, la organización detallada de los servicios comunes procesales; en tercer lugar, la definición de las funciones y las tareas del personal al servicio de la Administración de Justicia; en cuarto lugar, la colaboración en la elaboración de los Protocolos de Actuación y su observancia; en quinto lugar, la disponibilidad de un soporte informático avanzado que responda a las exigencias de la NOJ; en sexto lugar, la adaptación de las infraestructuras y espacios físicos a la nueva estructura organizativa y, por último, los elementos que han de acompañar a una verdadera gestión del cambio como es la colaboración, la comunicación y el flujo de información entre todas las partes implicadas, así como la formación de las personas para responder positivamente ante los cambios y, todo ello, dentro de un sistema de gestión que redunde en la mejora de la calidad de la Administración de Justicia. Son precisamente estos siete instrumentos los que serán objeto de desarrollo en esta ponencia.

II. Plan organizativo de las oficinas judiciales y fiscales de la Administración de Justicia en Euskadi

El artículo 438.7 de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial otorga a las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios la competencia para diseñar, crear y organizar los servicios comunes procesales. Sobre esta base legal, el Gobierno Vasco aprobó, en sesión de Consejo de Gobierno de 29 de julio de 2008, el Plan Organizativo de las Oficinas Judiciales y Fiscales de la Administración de Justicia en Euskadi, que define el diseño organizativo de la Nueva Oficina Judicial en los distintos Partidos judiciales.

De acuerdo con el Plan Organizativo, en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) existirán tres tipos de servicios comunes procesales: el servicio común procesal general, el servicio común procesal de ejecución y el servicio común procesal de ordenación del procedimiento. Brevemente, el servicio común procesal de ordenación del procedimiento dará soporte a la UPAD en cuestión hasta la sentencia o resolución definitiva firme del procedimiento judicial, el servicio común procesal de ejecución se ocupará de la ejecución de sentencias o autos judiciales, y el servicio común procesal general proporcionará los demás servicios relativos a la asistencia a Sala, los actos de comunicación y ejecución, el registro y el reparto, la información y atención a la ciudadanía y a profesionales, los archivos judiciales, el correo y la paquetería, la reprografía, la asistencia al servicio de guardia, la asistencia a la o al Juez Decano, la gestión de las videoconferencias pasivas, la constitución de apoderamientos apud-acta y, en su caso, la asistencia al Instituto Vasco de Medicina Legal.

Los tres servicios comunes procesales de ordenación, de ejecución y el general únicamente existirán como tal en las tres capitales vascas, Bilbao, Donostia-San Sebastián y en Vitoria-Gasteiz. En los demás Partidos judiciales, dependiendo de su dimensión, habrá un único servicio común procesal general o bien un único servicio común procesal con dos secciones, una general y otra de ejecución, con la excepción del Partido judicial de Barakaldo, donde se prevén dos servicios comunes procesales, siendo uno de ellos el servicio común procesal general y el otro un servicio común procesal con dos secciones, una de ejecución y otra de ordenación del procedimiento. Así pues, todos los Partidos judiciales contarán con un servicio común procesal general, y salvo los Partidos judiciales con dos órganos judiciales, los demás también dispondrán del servicio común procesal de ejecución y sólo las tres capitales y Barakaldo contarán con un servicio común procesal de ordenación del procedimiento. Los órga-

nos colegiados, por su parte, se verán asistidos por el servicio común general del Partido judicial donde se ubiquen y tendrán un servicio común de ejecución y de ordenación del procedimiento específico para ellos.

Si bien la organización general de los Partidos judiciales se contempla en el Plan Organizativo de las Oficinas Judiciales y Fiscales de la Administración de Justicia en Euskadi, el mismo Plan precisa que corresponde a la Administración General de Euskadi aprobar por Orden la creación de los servicios comunes procesales propuestos en el Plan Organizativo, por cada Partido judicial, y la Relación de Puestos de Trabajo del personal al servicio de la administración de Justicia en Euskadi. Sin embargo, dado que la Relación de Puestos de Trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia con relación al personal asignado al Partido judicial de Getxo se refiere no sólo a los puestos de los servicios comunes procesales sino también a los puestos de este personal en las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD), se ha considerado oportuno que la Relación de Puestos de Trabajo de cada Partido judicial se apruebe por una Orden específica. Por otro lado, el plan prevé que sea una Resolución la que determine la organización detallada en cada Partido judicial y las normas básicas de funcionamiento de los servicios comunes.

Así pues, la implantación organizativa de la nueva Oficina judicial en cada Partido judicial requerirá de tres instrumentos legales: la Orden de el o la Consejera competente en materia de Justicia por la que se aprueba la creación de los servicios comunes procesales, la Orden de el o la Consejera competente en materia de Justicia por la que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo, aprobándose y publicándose ambas Órdenes simultáneamente, y la Resolución del o de la Directora competente en materia de Oficina Judicial y Fiscal por la que se determina la organización detallada de la nueva Oficina judicial del Partido judicial en cuestión, así como las normas básicas de funcionamientos de sus servicios comunes procesales.

En julio de 2009, la Viceconsejería de Justicia adoptó el siguiente calendario de implantación de la Nueva Oficina Judicial en la CAPV: de mayo a septiembre de 2010 en los Partidos judiciales de Amurrio, Azpeitia, Eibar, Getxo e Irún; de septiembre a diciembre de 2010 en Tolosa y Bergara; en el primer semestre de 2011 en Balmaseda, Durango y Gernika y en el segundo semestre en Vitoria; en el primer semestre de 2012 en Donostia y en el segundo en Barakaldo y a partir de enero de 2013 en Bilbao. En febrero de 2010 se adelantaron los trabajos previos a la implantación en los Partidos judiciales de Getxo e Irún como proyectos piloto.

III. Servicios comunes procesales

Los servicios comunes procesales previstos en Euskadi son, como ya se ha mencionado anteriormente, de tres tipos: el de ordenación, el de ejecución y el general. Por el momento, se han diseñado y organizado el servicio común procesal general y el de ejecución, ya que son precisamente estos dos servicios los que se han contemplado para los Partidos judiciales donde se va a implantar la NOJ próximamente, estando previsto el primer servicio común procesal de ordenación para el segundo semestre de 2011 cuando se implante la nueva Oficina judicial en el Partido judicial de Vitoria-Gasteiz.

Si bien es la Orden de creación de los servicios comunes la que determina el contenido de los servicios prestados en los mismos, es la Resolución la que detalla su contenido.

1. Servicio común procesal general

El servicio común procesal general prestará los servicios relacionados con la asistencia a Sala, los actos de comunicación y de ejecución, el archivo territorial de expedientes judiciales y depósitos de efectos y piezas de convicción, el registro y el reparto, la información y la atención a la ciudadanía y profesionales, el correo y la paquetería, la reprografía, la asistencia al servicio de guardia, la asistencia a la o al Juez Decano, la gestión de videoconferencias pasivas y la constitución de apoderamientos apud-acta.

La *asistencia a Sala* comprende la planificación del servicio a través de la recepción informática de la agenda masiva y previsión de las sesiones de Sala y su comunicación; la preparación y asistencia a las sesiones de Sala por el o la funcionaria del cuerpo de auxilio que sea designado por el o la Secretaria Directora del Servicio; la grabación de las sesiones que sean indicadas por la o el Secretario de la UPAD y en su caso entrega de las mismas; la atención y la información a la ciudadanía y profesionales; y la gestión del servicio y confección de estadísticas y controles, así como la realización de todas aquellas otras tareas que sean necesarias para asegurar el correcto desempeño de esta prestación.

Los *actos de comunicación y de ejecución* que consisten fundamentalmente en las relacionadas con la recepción informática y documental y el examen conforme a las normas que se recojan en el Protocolo de Actuación, de los actos de comunicación y ejecución, recibidos a través de exhorto, comisión rogatoria o directamente de las Unidades Procesales de Apoyo Directo a los órganos judiciales del Partido ju-

dicial en cuestión; la distribución de los actos de comunicación unipersonales entre el personal dedicado a la entrega, en función de la zona del territorio cubierto por el Servicio Común asignada a cada uno de ellos; la cumplimentación de los actos de comunicación y ejecución dentro del plazo a que el Servicio Común se comprometa y comunicación de sus resultados, habiéndose de observar la realización de al menos dos intentos; la recepción y análisis de los resultados; la devolución del acto a la Oficina judicial de origen; la atención e información correspondiente a la ciudadanía y profesionales; la gestión del servicio y confección de estadísticas y controles; y la permanente revisión de los criterios de distribución del personal de calle. Está previsto además que en ningún caso se remitan diligencias unipersonales que puedan realizarse a través de procurador o procuradora ni despachos u oficios dirigidos a otros órganos judiciales, autoridades, organismos oficiales, entidades bancarias o privadas y que los actos de comunicación se practiquen mediante correo certificado con acuse de recibo, siempre que la Ley así lo prevea y con carácter previo al envío de los que resultaren negativos al Servicio Común General. Además, la remisión de diligencias al Servicio se efectuará diariamente y en flujo constante, dentro de los límites horarios que el Protocolo de Actuación recoja y, si fuera oportuno, se podrá establecer un cupo diario de entrada de diligencias en función del volumen de diligencias a practicar y dimensión del servicio. Asimismo, se precisa la realización de las diligencias unipersonales tanto en materia civil como en materia penal, como de las diligencias en comisión, practicándose estas últimas por los Juzgados de Paz correspondientes cuando cuenten éstos con al menos tres funcionarios.

Con relación al *archivo territorial de expedientes judiciales y piezas de convicción*, el servicio común procesal deberá recibir expedientes en situación de archivo y piezas y sus listados conforme las normas que se establezcan o queden recogidas en el Protocolo de Actuación, su colocación en cajas, informatización, custodia y ubicación; gestionar préstamos y devoluciones de expedientes y efectos; controlar caducidades y prescripciones; emitir listados anuales de expedientes prescritos o caducados; requerir a las Oficinas judiciales que decidan sobre el destino final de los bienes y efectos cuando sea necesario; emitir listados para la Junta de Expurgo Judicial; entregar expedientes de interés histórico-documental a la autoridad competente en materia de Patrimonio Histórico; destrucción de expedientes señalados por la Junta de Expurgo Judicial; exhibir y expedir certificaciones, testimonio y/o copias; y realizar tareas de control, estadísticas y seguimiento de la prestación del servicio.

La prestación del *servicio de registro y reparto* comprende la recepción telemática o física, registro, informatización y/o escaneo y digitalización de escritos y demandas civiles; la recepción telemática o física, registro, informatización y/o escaneo y digitalización de escritos recibidos directamente, denuncias, querellas y atestados, recibidos de la UPAD que se encuentre en guardia o a través de correo/paquetería, exceptuándose aquellas denuncias, querellas o atestados que se reciban en la UPAD en guardia y que constituyan materia de actuación en dicho servicio de guardia o actuaciones urgentes en materia de violencia contra la mujer, que serán registrados, informatizados o digitalizados por dicho servicio de guardia; la recepción telemática, escaneo y digitalización y su gestión se irán implantando a medida que se desarrolle el expediente digital; el reparto de demandas civiles conforme a las reglas de reparto y de las denuncias, querellas y atestados siguiendo las instrucciones de dichas normas de reparto y en su defecto de las que imparta la o el Juez que se encuentre de guardia; la recepción directa o digitalizada y su gestión, registro y reparto de exhortos y comisiones rogatorias, exceptuándose del reparto los exhortos y comisiones rogatorias que tengan por objeto un acto de comunicación o ejecución, que serán directamente cumplimentados por el propio servicio; la remisión informática a la Oficina judicial correspondiente de la información resultante del reparto y de los datos de los asuntos y /o entrega en la Oficina judicial correspondiente; y la gestión del servicio y confección de estadísticas y controles.

El servicio de *información y atención a la ciudadanía y profesionales* se ocupará de la acogida de la o del ciudadano o profesional y el suministro de información general y de la particular a través de la base de datos, previa identificación del solicitante como parte, siendo la UPAD la que proporcione la información particular pormenorizada de un expediente concreto; de la atención telefónica y personal del servicio común procesal general; las tareas de control, estadística y seguimiento de la prestación del servicio.

La prestación del servicio de *correo y paquetería* comprende la recepción del correo ensobrado y con acuses de recibo y de listados; la elaboración de albaranes y entrega en correos; la recogida de correos y entrega a la UPAD a la que vaya dirigida; la recepción de paquetería y su distribución y entrega a la UPAD correspondiente; la recepción de expedientes o similar que sean enviados por las UPAD del Partido judicial a otros destinos y su gestión centralizada mediante el empaquetado y envíos de mensajería; y la gestión del servicio y confección de estadísticas y controles.

El servicio de *reprografía* realiza el fotocopiado de expedientes; las copias de CD de vistas y juicios o similar; el escaneo de correo, docu-

mentación, escritos, demandas, denuncias, querellas y atestados así como el escaneo y digitalización y su gestión a medida de su implantación; la gestión del servicio y confección de estadísticas y controles.

El servicio de *asistencia a la Guardia* comprende además del control de las obligaciones *apud acta*, la atención telefónica y personal, estando además la o el funcionario de guardia realizará, bajo la dependencia funcional del o de la Secretaria Judicial de la UPAD que se encuentre en guardia, cuantas funciones y tareas inherentes a su cuerpo le sean solicitadas. Asimismo, asume la recepción y envío de los faxes con procedencia o destino en el Ministerio Fiscal, excepto los generados en la Guardia.

La prestación del servicio de *asistencia a la o al Juez Decano* conlleva la recepción, tramitación y comunicación de las quejas y sugerencias; la recepción, tramitación y comunicación de las excusas del Jurado; el apoyo en materia gubernativa como nombramiento de Jueces sustitutos, recepción y reparto de comunicaciones, gestión de salas, entre otros; proporcionar el impreso, recoger y registrar las solicitudes de asistencia jurídica gratuita y remitirlas al Colegio de Abogados correspondiente; la gestión del servicio y la confección de estadísticas y controles.

La gestión de *videoconferencias pasivas*, es decir, las solicitadas desde otro Partido judicial a través de la cooperación judicial, debe asegurar telefónicamente la hora de comienzo de la videoconferencia; comprobar el equipo de grabación; comprobar e informar sobre la asistencia de las personas intervinientes citados; identificar a las personas intervinientes; informar a las personas intervinientes si hay suspensión; exhibir ante el órgano judicial el documento identificativo de la persona interviniente; prestar atención a las indicaciones del órgano judicial; entregar certificados de asistencia; despedir y apagar el equipo; la gestión del servicio y la confección de estadísticas y controles.

El servicio para la *constitución de apoderamientos apud-acta* del servicio común general se ocupa de la elaboración de la documentación de los apoderamientos apud-acta externos, es decir, para actuar en otros Partidos judiciales; el envío al órgano destinatario y la gestión del servicio y la confección de estadísticas y controles.

En los Partidos judiciales con dos órganos judiciales, como es el caso de Amurrio, Azpeitia y Balmaseda, el servicio común procesal general también prestará el servicio de *apoyo a la clínica médico forense* que consiste en recibir el listado informático de visitas y antecedentes del expediente judicial; obtener los datos del expediente judicial y fotocopiar (declaraciones, partes médicos...); registrar y formar el expediente; recibir los oficios de las UPAD solicitando actos extraordinarios;

localizar los antecedentes en el archivo de la Clínica Médico Forense; remitir a la Clínica Médico Forense para filtro y turno; trasladar el expediente a la o al médico forense para cita; realizar citas y programas de reconocimiento; acoger a la o al ciudadano y fotocopiar datos; transcribir documentación; citar y programar visitas; oficiar solicitudes de datos y/o información; registrar; realizar entregas a Oficinas; fechar entregas y recepciones de Oficina; archivar; la gestión del servicio y la confección de estadísticas y controles. En los demás Partidos judiciales el apoyo a la clínica médico forense se prestará directamente por la Subdirección del Instituto Vasco de Medicina Legal de Álava, Bizkaia o Gipuzkoa.

2. *Servicio común procesal de ejecución*

El servicio común procesal de ejecución recibirá las demandas ejecutivas penales y civiles presentadas, incluidas las ejecuciones provisionales, así como las órdenes generales de ejecución remitidas por las UPAD al servicio de registro y reparto del servicio común procesal general.

El servicio común procesal de ejecución prestará principalmente los siguientes servicios: procesar informáticamente o, en su caso, escanear y digitalizar las demandas ejecutivas civiles y las órdenes generales de ejecución; dar número a las demandas ejecutivas y a las órdenes generales de ejecución y elaborar el expediente física o digitalmente; solicitar a la UPAD correspondiente el dictado de la orden general de ejecución, una vez tramitados y, en su caso, subsanados los defectos detectados en las demandas de ejecución de títulos no judiciales; proceder a la ejecución de la resolución de la o del Juez o Secretario Judicial; recepcionar física o telemáticamente demandas, escritos, documentos, actos de comunicación, correo, expedientes, piezas de convicción, etcétera; clasificar, repartir las entradas y proceder a formar la ejecutoria; documentar informáticamente las resoluciones de ejecución y los despachos que de la misma se deriven; preparar, desarrollar y documentar todo acto procesal como el señalamiento del acto, la supervisión y el aseguramiento, la suspensión y la comunicación, así como el desarrollo y documentación de cualquier acto procesal, tales como compareencias, subastas, entre otros; gestionar cualquier documento, físico o telemático, expediente, pieza de convicción, acto de comunicación, listados, y en general todo lo que salga del equipo de Ejecución, de manera que se asegure que la salida es correcta y responde a los indicadores de control del servicio; prestar servicio de acogida y de atención telefónica y personal a la ciudadanía y a las y los profesionales a través de cualquiera de sus

integrantes, de manera que se asegure una prestación de este servicio ágil, eficaz y profesional, evitando los traslados innecesarios de las y los usuarios, promoviendo la concentración de actuaciones y respondiendo al ciudadano o ciudadana con el respeto y la empatía necesaria; la gestión del servicio y la confección de estadísticas y controles.

En cuanto a los expedientes de ejecutorias, hasta que el expediente digital se incorpore a la práctica habitual del trabajo, la ejecutoria permanecerá físicamente en la Servicio Común Procesal de Ejecución, itinerándose en todo caso el procedimiento informático en la fase y estado correspondiente, aunque a criterio del o de la Secretaria del Servicio o a petición de la o del Juez de la UPAD correspondiente podrá remitirse el expediente físico o fotocopias de las partes que resulten de interés para la resolución. Se prevé que el expediente informático sea devuelto por la UPAD al servicio común procesal de ejecución incorporando la resolución correspondiente para su notificación. El expediente físico siempre que hubiera sido remitido a la UPAD será devuelto en la misma fecha que el expediente informático.

3. Secciones y Equipos en el servicio común procesal de ejecución y en el servicio común procesal de ordenación del procedimiento

Tanto el servicio común procesal de ejecución como el servicio común procesal de ordenación del procedimiento se organizarán en secciones por órdenes jurisdiccionales.

Las secciones del servicio común procesal de ejecución se organizarán igualmente en equipos, habiendo siempre un grupo de inicio, además de otros grupos como pueden ser los especializados en civil, familia u otros.

Las secciones del servicio común procesal de ordenación del procedimiento, por su parte, se organizarán en tres equipos: un equipo de inicio, un equipo de señalamientos y un equipo de finalización.

Los equipos tanto del servicio común procesal de ejecución como del servicio común procesal de ordenación del procedimiento estarán integrados por una o un gestor y uno o varios tramitadores o tramitadoras, pudiendo el o la gestora integrar uno o más grupos de trabajo.

La organización de estos servicios en equipos está configurado de forma que el trabajo se asigne al equipo y la responsabilidad de responder ante el mismo sea del propio equipo, evitando recurrir a fórmulas tradicionales de asignar de forma individualizada las actuaciones por expedientes, sin que los demás miembros del equipo puedan responder ante cuestiones relativas a dichas actuaciones.

IV. Funciones y tareas del personal funcionario al servicios de la Administración de Justicia

La Dirección de la Oficina Judicial y Fiscal del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco ha elaborado un *mapa de los procesos* de las actuaciones o de los tipos de servicios que se proporcionan desde el servicio común procesal general, el servicio común procesal de ejecución y las UPAD. Cada uno de los procedimientos aplicables a cada proceso se representa gráficamente en un flujograma de las actuaciones que de forma ordenada se han de realizar para que el servicio se preste debidamente. Una vez identificadas las actuaciones correspondientes, se ha asignado la realización de las mismas al Cuerpo del personal funcionario que corresponda legalmente a la realización de dichas funciones y, en algunos casos, han resultado ser actuaciones compartidas por distintos Cuerpos. Este trabajo realizado por la Dirección de la Oficina Judicial y Fiscal ha sido posteriormente analizado y trabajado con las centrales sindicales para fijar finalmente de esta cuestión, que además servirá después de base para elaborar las monografías de los puestos tipo que identifiquen en materia de personal. Dado que, por el momento, la Nueva Oficina Judicial se está implantando en Partidos judiciales donde no hay servicio común procesal de ordenación del procedimiento, este trabajo se ha realizado para el servicio común procesal general y el servicio común procesal de ejecución y también para las UPAD, al ser la cuestión de funciones y tareas materia de personal, que está transferida al Gobierno Vasco.

Asimismo, con la Nueva Oficina Judicial, la Dirección de la Oficina Judicial y Fiscal prevé *delimitar el ámbito de la responsabilidad que corresponde tanto al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa como al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa*, ya que al tratarse de dos cuerpos distintos, con distintos requisitos y distinta retribución salarial, el trabajo asignado a un Cuerpo u otro debe ser también diferenciado en la medida de lo posible. Esta delimitación se ha llevado a cabo en el servicio común procesal de ejecución y en las UPAD.

Así, en el *servicio común procesal de ejecución* corresponderá al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa la dinamización, coordinación y supervisión del trabajo que corresponda al equipo; la gestión de la cuenta de consignaciones de ejecución, con supervisión y control por parte de la o del Secretario Judicial; la gestión de registros públicos; la realización de tareas procesales de más alto nivel, que serán en el ámbito civil la llevanza y la tramitación de las ejecuciones hipotecarias, ejecuciones no dinerarias y aquellas otras que por su complejidad, número de partes intervinientes, nivelación de la carga de trabajo o cualquier

otra circunstancia así lo decida el Secretario Judicial y en el ámbito penal, la llevanza y tramitación de los asuntos relacionados con la violencia de género y la violencia intrafamiliar, entendiéndose por trámites más complejos los relativos al dictado del primer decreto de ejecución, subastas, adjudicaciones, acumulación de ejecuciones y en general aquellos decretos que por su complejidad, número de partes intervinientes o cualquier otra circunstancia, así lo decida la o el Secretario Judicial. Por su parte, corresponderá al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa la integración en el equipo respondiendo a los parámetros de dinamización y coordinación establecidas y la realización de tareas procesales a excepción de las anteriormente mencionadas y asignadas al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa.

En las *Unidades Procesales de Apoyo Directo* las funciones del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa se distingue por jurisdicciones. En materia civil, corresponderá al Cuerpo de Gestión la tramitación de juicios verbales especiales; juicios verbales de desahucio; medidas cautelares; medidas previas a la interposición de una demanda de separación o divorcio; diligencias preliminares; la división judicial de patrimonios y juicios cambiarios; trámites relativos a la declinatoria, acumulación de acciones, acumulación de procesos, abstenciones, incidentes de recusación y decretos finales en los expedientes de jurisdicción voluntaria; y de aquellos procedimientos en los que por el número de partes intervinientes, complejidad, nivelación de cargas de trabajo o causas similares, así lo acuerde la o el Secretario Judicial. En materia penal, el Cuerpo de Gestión tramitará los sumarios, los procedimientos del tribunal del Jurado, las causas en las que se decrete o haya decretado la prisión provisional y/o el secreto sumarial; las órdenes de protección y medidas cautelares; los procedimientos en los que por el número de partes intervinientes, complejidad, nivelación de cargas de trabajo o causas similares, así lo acuerde el Secretario Judicial; los trámites relacionados con autos de transformación del procedimiento, autos de apertura de juicio oral en procedimientos abreviados, autos de intervenciones telefónicas o de la correspondencia, autos de entrada y registro, y realizará el seguimiento, la elaboración de notas y la dación de cuenta a la o al Secretario Judicial sobre el estado y los plazos relativos a presos preventivos, requisitoriados y rebeldes y órdenes de protección y medidas cautelares. En materia social, corresponderá al Cuerpo de Gestión la tramitación de los siguientes procedimientos: derechos fundamentales; modificaciones; reducciones de jornada; vacaciones; conflictos colectivos; procedimientos especiales de impugnación de laudo; procedimiento electoral; y procedimientos en los que por el número de partes intervinientes, complejidad, nivelación de cargas de

trabajo o causas similares, así lo acuerde la o el Secretario Judicial. En consecuencia, corresponderá al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa la realización de tareas procesales a excepción de las asignadas al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa.

El Plan Organizativo de las Oficinas Judiciales y Fiscales de la Administración de Justicia en Euskadi contempla la creación de una nueva figura, la del *Gestor o Gestora Responsable*, un puesto perteneciente al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, que depende funcionalmente de la o del Secretario Director del servicio y que tiene unas funciones y unas tareas específicas como son las de asistir a la o al Secretario Director del servicio común procesal en cuestiones relacionadas con la gestión del personal del servicio, así como en el seguimiento de la gestión del propio servicio, a través del control de los indicadores y criterios de impulso establecidos para el mismo, de forma que se lleve un control de la calidad del servicio que revierta en su mejora continua. La figura de la o del Gestor Responsable está prevista únicamente para los servicios comunes procesales y asumirá esta nueva carga de trabajo que supone la implantación de un verdadero sistema de gestión de la calidad.

V. Protocolos de actuación en el procedimiento

Los Protocolos de actuación en el procedimiento en el País Vasco se han elaborado por parte de las Secretarías Coordinadoras para los cinco primeros Partidos judiciales donde se va a implantar la NOJ, es decir, en Amurrio, Azpeitia, Eibar, Getxo e Irun.

La elaboración de estos Protocolos se ha realizado teniendo en cuenta el diseño organizativo de los servicios comunes procesales definidos por el Gobierno Vasco, así como las funciones y las tareas asignadas a los distintos Cuerpos del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, además de la legislación procesal y los criterios de homogeneización adoptados por el Consejo General del Poder Judicial.

El contenido técnico-procesal de los Protocolos ha sido elaborado también en los grupos de trabajo derivados del Órgano de Colaboración del Gobierno Vasco con el Secretariado judicial.

VI. Soporte informático NOJ

La aplicación informática de gestión procesal Justizia.Bat se adaptará a los nuevas exigencias procesales y organizativas que implica la Nueva Oficina Judicial.

Esta adaptación supone en primer lugar, y en cuanto a las exigencias procesales se refiere, la revisión de los más de 40.000 modelos de documentos que forman parte de la gestión procesal informatizada y que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, así como a la revisión de los esquemas de tramitación en los que dichos documentos se insertan.

Respecto a las adaptaciones organizativas supone una amplia y profunda definición de las necesidades que conlleva la nueva forma de trabajo y la inserción del modelo de gestión de calidad. Las nuevas formas de trabajo en base a grupos y equipos de trabajo implica una adaptación de las fórmulas para su formación, impulso y control del trabajo asignado. Respecto a las necesidades que surgen del desarrollo de un sistema de gestión de calidad, podrían catalogarse en tres prestaciones diferenciadas: la planificación, la medición y el tratamiento de los datos. Estas prestaciones suponen una innovación crucial para el correcto desempeño de las funciones de dirección y gestión, por lo que la aplicación informática JustiziaBat NOJ ha de desarrollarlas a fin de facilitar la obtención de datos que sirvan de base para la toma de decisión y para la mejora continua.

El Plan de informatización se compone además de los siguientes campos o prestaciones:

- Justizia.Net (www.justizia.net)
 - Portal judicial de información que actúa como punto de encuentro de todos los agentes de la justicia, y dispone de todos los servicios que se prestan a la ciudadanía.
- Justizia.Sid
 - Gestor de resoluciones judiciales e interacción bases de datos propias y externas.
- Justizia.Sip
 - Constituye el sistema de información para los profesionales (abogados y procuradores).
- Justizia.Inf
 - Repositorio informacional (cuadro de mandos) de conocimiento de la actividad y organización de la Administración de Justicia.

VII. Infraestructura y espacios adecuados

Se tratará de que la nueva estructura organizativa tenga igualmente su reflejo en la ordenación física y espacial de los servicios co-

munes procesales y de las UPAD. De este modo, el criterio general es que los integrantes de un servicio común procesal compartan físicamente el mismo espacio y que las UPAD estén también físicamente unas junto a otras.

Los diseños arquitectónicos de los Palacios de Justicia están basados en:

—La eficacia operativa de los espacios físicos

- Creando un espacio funcional y *amable*
 - Oficina Paisaje
 - Mostradores de Atención al Público
 - Salas Multiuso
- Áreas de información, de descanso, salas de espera, dispensarios...
- Circulaciones diferenciadas público, funcionarios, policía...

—Seguridad

- Para las personas y actividades confidenciales
- Zonas abiertas al público
- Zonas acceso controlado
- Zonas acceso restringido
- Zonas privadas

Pero con la implantación de la NOJ es necesario realizar obras de distinta envergadura, excepto en Bergara que supone una obra integral y Bilbao que exige un nuevo edificio. Se inicia con el traslado al servicio de obras de los esquemas organizativos con las plantillas de los partidos judiciales en los que se va a implantar, y se hacen las adecuaciones necesarias a partir de la organización y del número de funcionarios destinados a cada servicio. El diseño final se basa en el centro de destino y en las posibilidades reales de cada edificio.

En este momento la situación en los partidos donde se está haciendo el proceso de implantación es la siguiente:

- Irún.** Se ha acondicionado la planta baja y la planta 1.^a para el SCP sección general y sección ejecución, respectivamente. Se ha habilitado el despacho de la secretaria Directora. Y están ultimándose las obras para las UPADs en las plantas 1.^a y 2.^a.
- Getxo.** Están las obras terminadas, aunque hay prevista una ampliación del Palacio de Justicia a comienzos en el último trimestre, con una duración prevista de dos años.

- **Eibar.** Se están realizando trabajos de acondicionamiento en la planta 1.^a, donde estarán todas las UPADs. En el SCPG sólo habrá reordenación de mobiliario.
- **Azpeitia.** No supone la realización de obras, sólo reordenación de mobiliario
- **Amurrio.** No supone la realización de obras, sino una reordenación de mobiliario. EL SCPG está dividido en dos plantas, y es un obstáculo pero el unificarlo supondría una ampliación en la planta baja que por coste económico, tiempo, permisos, contratación es inasumible.
- **Bergara.** El edificio no responde a las necesidades de espacio requeridas, se está analizando el traslado del Palacio de Justicia a otro edificio, así que de momento las actuaciones que van a realizarse son mínimas para la implantación de la NOJ y consisten en acondicionar el espacio de la planta 3.^a para acoger la sección de ejecución del SCPG, y en la planta baja adecuar un mostrador para registro civil.

VIII. Gestión del cambio

La Viceconsejería de Justicia ha fijado en cuatro ámbitos principales las líneas de actuación que se requieren para que la Nueva Oficina Judicial se implante de un modo eficaz: la colaboración de los órganos NOJ, la información y la comunicación, y la formación y la calidad de la gestión.

1. Colaboración: órganos NOJ

La colaboración de las distintas partes implicadas resulta un pilar fundamental para el buen funcionamiento de la Justicia. De ahí que una reorganización del calado de la Nueva Oficina Judicial requiera una estrecha coordinación entre estos actores.

El Plan Organizativo de las Oficinas Judiciales y Fiscales de la Administración de Justicia en Euskadi contempla cuatro órganos de gestión, los Órganos Superiores del Plan Organizativo, el Órgano de Seguimiento y Evaluación, y dos órganos de gestión que son el Equipo de Gestión del Cambio y los Equipos de Implantación, a los que se suma un quinto, un Grupo de Mejora en cada Partido Judicial, previsto en el anterior III Acuerdo Regulador de las Condiciones Laborales del Personal Funcionario de la Administración de Justicia en la Comunidad Autó-

noma de Euskadi. Cabe señalar que este Grupo de Mejora se ha reconvertido en una Comisión de Coordinación y Mejora por Partido judicial, cuya creación se incluye en las Órdenes que crearán los servicios comunes procesales.

A nivel de la CAPV, se prevé un *Órgano de Seguimiento y Evaluación* compuesto por el o la Consejera y/o la o el Viceconsejero de Justicia, que preside el Órgano, el o la Directora de la Oficina Judicial y Fiscal, la o el Director para la Modernización de la Administración de Justicia; el o la Directora de Justicia; dos asesores y/o personal técnico de la Viceconsejería de Justicia; una representación de la Sala de Gobierno del TSJPV; el o la Secretaria de Gobierno del TSJPV, el o la Fiscal Superior, una representación del Consejo Vasco de la Abogacía, una representación del Consejo Vasco de Procuradores y una representación del Personal. Las funciones de este Órgano son las siguientes: conocer los informes anuales del Plan Organizativo, conocer el informe final del Plan Organizativo, conocer el Estudio pormenorizado de la primera fase y realizar las contribuciones oportunas. El Órgano de Seguimiento y Evaluación se reunirá al menos una vez al año.

También a nivel de la CAPV, se ha creado el *Equipo de Gestión del Cambio* compuesto por el o la Directora de la Oficina Judicial y Fiscal, la o el Director para la Modernización de la Administración de Justicia, el o la Secretaria de Gobierno del TSJPV, los o las Secretarías Coordinadoras Provinciales, los o las Responsables de las EAT, el o la Responsable de Planificación y Coordinación, el o la Responsable de Personal, el o la Responsable de Euskera el o la Responsable de Informática, el o la Responsable de Obras, y el o la Responsable de Instalaciones. Sus funciones son: consensuar el proceso de implantación de la NOJ en partidos judiciales concretos, informar a los Equipos de Implantación sobre las decisiones adoptadas, conocer y, en la medida de lo posible, informar sobre las cuestiones planteadas por los Equipos de Implantación y evaluar las experiencias piloto y de las implantaciones. El Equipo de Gestión del Cambio se reúne normalmente una vez al mes. El Equipo de Gestión del Cambio cuenta con un *Comité Técnico* compuesto por las Direcciones y los responsables de los servicios implicados de la Viceconsejería de Justicia.

A nivel de Territorio Histórico, existe un *Equipo de Implantación* integrado por el o la Directora de la Oficina Judicial y Fiscal, la o el Director para la Modernización de la Administración de Justicia, el o la Secretaria de Gobierno del TSJPV, los o las Secretarías Coordinadoras Provinciales, los o las Responsables de las EAT, el o la Responsable de Planificación y Coordinación, el o la Responsable de Personal, e o la Responsable de Informática, el o la Secretaria Coordinadora, una re-

presentación de la judicatura, una representación de la fiscalía, una representación de la abogacía, una representación de la procuraduría, y una representación del personal. Los Equipos de Implantación de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa tienen las siguientes funciones: conocer las decisiones consensuadas por el Equipo de Gestión del Cambio, realizar contribuciones, sugerencias o propuestas al Equipo de Gestión del Cambio, tratar las cuestiones prácticas de la implantación de la NOJ en los partidos judiciales de su Territorio Histórico, informar a las Comisiones de Coordinación y Mejora sobre las decisiones adoptadas y conocer y, en la medida de lo posible, informar sobre las cuestiones planteadas por las Comisiones de Coordinación y Mejora. Los Equipos de Implementación se reúnen en principio una vez al mes.

A nivel de cada Partido judicial con la Nueva Oficina Judicial se establece una *Comisión de Coordinación y Mejora* compuesta por una representación de la Dirección de Oficina Judicial y Fiscal y la Dirección para la Modernización de la Administración de la Justicia de la Viceconsejería de Justicia, la o el Juez Decano, el o la Secretaria Coordinadora provincial, el o la Secretaria Directora del servicio común procesal, y una representación del personal, uno o una por cuerpo profesional. Las funciones de estas comisiones son las siguientes: analizar y definir las posibles actuaciones de mejora, la detección de fallos, disfunciones o aspectos susceptibles de mejora en el despliegue de la NOJ en el Partido judicial, elevar propuestas a los Equipos de Implantación de su Territorio Histórico y al Equipo de Gestión del Cambio, promover la introducción de mejoras y su aplicación en la práctica y realizar el seguimiento de las medidas aplicadas, analizar sus resultados y actuar en consecuencia. Las Comisiones de Coordinación y Mejora se reunirán en principio una vez al mes.

2. Información y comunicación

La Dirección de la Oficina Judicial y Fiscal del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco ha elaborado y adoptado un Plan de Comunicación con el objeto de dotar al proyecto de implantación de la Nueva Oficina Judicial de un sistema de comunicación que le permita difundir sus contenidos y avances de manera sistemática con el fin de facilitar y favorecer la aceptación e interiorización de la misma, contribuyendo, de este modo, a la participación e implicación de los diferentes colectivos afectados.

El Plan de Comunicación tiene por destinatarias a todas las partes afectadas por la Nueva Oficina Judicial como son la ciudadanía, la ju-

dicatura, el secretariado judicial, la fiscalía, el personal, la abogacía y la procuraduría.

El tipo de actuaciones que contempla son, por ejemplo, las presentaciones previas a la implantación en cada uno de los Partidos judiciales en los que se va a desplegar la NOJ sobre las actuaciones previstas por el Gobierno Vasco dirigidas a la judicatura, secretariado judicial y el personal del Partido judicial en cuestión y la puesta en disposición de la documentación que genera la Viceconsejería de Justicia tanto en internet como en la intranet de Justicia en la CAPV.

Cabe destacar la puesta en marcha en internet y la intranet de Justicia de un buzón de preguntas, sugerencias y quejas para todas aquellas cuestiones relacionadas con la Nueva Oficina Judicial.

3. *Formación*

La formación del personal al servicio de la Administración de Justicia resulta igualmente fundamental para que el equipo humano de los Palacios de Justicia esté preparado para responder adecuadamente tanto ante las novedades procesales como ante las novedades organizativas que supone el despliegue de la Nueva Oficina Judicial.

Por ello, la Dirección de la Oficina Judicial y Fiscal ha dedicado un especial esfuerzo a la formación, formando primero a formadores y formadoras del propio personal para que posteriormente éstos impartieran entre sus compañeros y compañeras catorce cursos de 20 horas cada uno en jurisdicción civil, dedicándose catorce horas a la ejecución civil. Igualmente se han desarrollado, con menor cantidad de horas lectivas, cursos para la adaptación a las reformas procesales en los órdenes contencioso-administrativo y social. Asimismo, se ha elaborado un curso o presentación on-line sobre la Nueva Oficina Judicial de carácter obligatorio en los Partidos judiciales donde se implante la NOJ. En estos Partidos todo el personal también se encuentra participando en un curso de ocho horas sobre el trabajo en equipo.

Para la o el gestor responsable, se impartirán cursos específicos sobre habilidades de gestión, conducción de equipos, participación y sobre la metodología y el manejo de técnicas de gestión de la calidad.

4. *Sistema de Gestión de la Calidad*

La organización de los servicios comunes procesales estará sujeto a un sistema de gestión de calidad, que se recogerá en un manual de

procedimientos y que será diseñado y coordinado por la Dirección del Gobierno Vasco competente en materia de Oficina judicial, en estrecha colaboración con los demás agentes implicados en la eficacia de la Oficina judicial, especialmente el Secretariado Judicial y el personal al servicio de la Administración de Justicia.

El sistema de gestión integrará los Protocolos de Actuación en el procedimiento que se aprueben e impulsará la planificación, la medición del cumplimiento de objetivos, el análisis de las disfunciones y la adopción de medidas correctoras en beneficio de una mejora continua de los servicios comunes procesales, evaluando las oportunidades de mejora y los objetivos e incluso el propio sistema de calidad.

En este marco de calidad, se promoverá la participación, la motivación, la formación, la información y la comunicación.

El soporte del sistema de gestión de la calidad residirá en el manual de calidad que describirá y documentará los procesos y los compromisos que se asuman y documentará además los procedimientos necesarios para que la prestación de los servicios se efectúe con calidad y de manera ágil, eficiente y eficaz, en cumplimiento de los compromisos derivados de la Carta de Derechos de la Ciudadanía ante la Justicia.

El sistema de gestión se orientará hacia metodología de la Norma de Gestión Integral de la Calidad y Acreditación Judicial, GICA-Justicia, pionera norma de calidad y acreditación específica para el ámbito de la Justicia aprobada en 2009 en Costa Rica y que es el resultado de un proyecto de colaboración promovido y cofinanciado por la Comisión Europea a través de la iniciativa de cooperación técnica de la Unión Europea y América Latina, EUROsociAL. El Departamento de Justicia y Administración Pública es miembro de la Red Internacional que se constituyó en torno a esta Norma de Calidad en Costa Rica en abril de 2010, RIGICA —Red Internacional de Gestión e Investigación de Calidad para la Justicia (RIGICA)— y, como miembro, participará activamente en las iniciativas que se impulsen en el seno de la misma.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAIALA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto