

EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

Departamento de Derecho Público
Área de Derecho Procesal



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

TESIS DOCTORAL

EL DESAFÍO DE UN MINISTERIO FISCAL INVESTIGADOR Y PROACTIVO EN
LA JUSTICIA RESTAURATIVA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.

Programa de Doctorado: Derechos Humanos, Poderes Públicos, Unión Europea:
Derecho Público y Privado.

FACULTAD DE DERECHO

Presentada por:

D. José Luis Ruiz Ostaiakoetxea

Dirigida por:

Dr. D. Ixusko Ordeñana Gezuraga

Lejona, 2023

ÍNDICE

Abreviaturas	9
Introducción	12

CAPÍTULO I

Misiones, funciones y organización constitucional del Ministerio Fiscal. Derecho comparado.
Inminente función investigadora.

1.1. Aproximación histórica al Ministerio Fiscal.....	18
1.1.1. Precedentes históricos anteriores al siglo XIX.....	18
1.1.2. Del siglo XIX hasta la actualidad.....	20
1.1.2.1. Siglos XIX y XX.....	20
1.1.2.2. Debate constituyente y CE 1978.....	24
1.2. Perspectiva constitucional del Ministerio Fiscal.....	25
1.2.1. Ámbitos de actuación o misiones del Ministerio Fiscal (art.124.1 CE).....	25
1.2.1.1. La promoción de la acción de la justicia y a defensa de la legalidad	26
1.2.1.2. La defensa de los derechos de los ciudadanos.....	28
1.2.1.3. La defensa del interés público y la satisfacción social.....	29
1.2.1.4. Misión de velar por la independencia de los tribunales	30
1.2.2. Principios de actuación del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE).....	31
1.2.2.1. Principio de legalidad.....	31
1.2.2.2. Principio de imparcialidad.....	35
1.2.2.3. Principio de unidad de actuación	36
1.2.2.4. Principio de dependencia jerárquica	38
1.2.3. Funciones y competencias en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981	40
1.2.3.1. Introducción.....	40
1.2.3.2. Las funciones del Ministerio Fiscal en el desarrollo de su misión.....	41
1.2.3.2.1 Funciones como defensor de la legalidad.....	41
1.2.3.2.1.1. Eficacia de la función jurisdiccional	41
1.2.3.2.1.2. Respeto a las instituciones constitucionales.....	41
1.2.3.2.1.3. Participación en procesos sobre estado civil y demás que establezca la ley en defensa de la legalidad y del interés público o social.....	41
1.2.3.2.1.4. Intervención en los procesos que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad	42
1.2.3.2.1.5. Intervención en procedimientos contencioso-administrativos	42
1.2.3.2.1.6. Velar por cumplimiento de resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.....	43
1.2.3.2.2. Funciones como defensor de los derechos de los ciudadanos.....	43
1.2.3.2.2.1. Velar por el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas	43
1.2.3.2.2.2. Velar por la protección procesal de las víctimas	44
1.2.3.2.2.3. Defensa de Menores e Incapacitados en juicio o fuera de él si carecen de representación legal, promover los organismos tutelares que establezcan las leyes civiles y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la defensa de menores y desvalidos	46

1.2.3.2.2.4. Interponer recurso de amparo e intervenir en los procesos de amparo ante el Tribunal Constitucional.....	47
1.2.3.2.3. Funciones como salvaguarda de la independencia de los tribunales.....	47
1.2.3.2.3.1. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Tribunales y mantener su integridad competencial	47
1.3. Organización del Ministerio Fiscal	47
1.3.1. Facultades, derechos, deberes y responsabilidad del fiscal.....	48
1.3.1.1. Facultades de los miembros del Ministerio Fiscal.....	48
1.3.1.2. Deberes de los miembros del Ministerio Fiscal.....	49
1.3.1.3. Derechos de los miembros del Ministerio Fiscal.....	50
1.3.1.4. La responsabilidad de los miembros del Ministerio Fiscal	51
1.3.1.5. Real Decreto 305/2022, de 4 mayo, Reglamento del Ministerio Fiscal, de 4 de mayo 2022.....	53
1.3.2. Estructura orgánica del Ministerio Fiscal	55
1.3.2.1. Introducción	55
1.3.2.2. El Fiscal general del Estado.....	56
1.3.2.3. Fiscales Jefes	58
1.3.2.4. Fiscalías de las Comunidades Autónomas y Fiscalías provinciales.....	60
1.3.2.5. El Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas.....	61
1.4. Relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes del Estado.....	62
1.4.1. Introducción	62
1.4.2. El Ministerio Fiscal en el entorno del Gobierno.....	63
1.4.3. El Ministerio Fiscal en el entorno del Poder Judicial	66
1.4.4. El Ministerio Fiscal en el entorno del Legislativo.....	68
1.5. Acusación pública en el derecho comparado	69
1.5.1. Introducción	69
1.5.2. Alemania.....	71
1.5.3. Francia	73
1.5.4. Italia	74
1.5.5. Portugal.....	76
1.5.6. Inglaterra.....	77
1.5.7. Estados Unidos.....	81
1.6. La actividad investigadora del Ministerio Fiscal: presente y futuro.....	82
1.6.1. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal.....	82
1.6.2. Las diligencias de investigación del fiscal.....	86
1.6.3. Hacia un modelo de investigación por el Ministerio Fiscal	89
1.6.3.1. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 julio de 2011, y Propuesta de Código Procesal Penal de 2013	89
1.6.3.2. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.....	90

CAPÍTULO II

La víctima como coordinada esencial de la justicia restaurativa en el proceso penal.

2.1. La reaparición de la víctima como cimiento de la justicia restaurativa y su introducción en el proceso a través de la mediación penal.....	94
2.1.1. Introducción. El conflicto y su solución	94
2.1.2. Métodos de resolución de conflictos	96

2.1.2.1. Autotutela y autocomposición	97
2.1.2.1.1. Autotutela o empleo de la fuerza o violencia.....	97
2.1.2.1.2. Consenso, autocomposición	97
2.1.2.1.2.1. La autocomposición: los mecanismos alternativos a la resolución para la resolución de conflictos	98
2.1.2.1.2.1.1. La negociación.....	99
2.1.2.1.2.1.2. La conciliación.....	99
2.1.2.1.2.1.3. La mediación	100
2.1.2.2. Heterocomposición	101
2.1.2.2.1. La jurisdicción	101
2.1.2.2.2. El arbitraje	102
2.1.3. Crisis del sistema penal.....	103
2.1.3.1. Problemas y tendencias del derecho penal en la actualidad	103
2.1.3.2. Fracaso de la resocialización	107
2.1.3.3. Fracaso de la indemnización.....	109
2.1.4. Antecedentes, historia de las <i>Alternative Dispute Resolution</i>	111
2.1.4.1. Precedentes	111
2.1.4.2. bases ideológicas y teóricas.....	113
2.1.5.- Concepto y características de las <i>Alternative Dispute Resolution</i>	116
2.1.6. Ámbitos de introducción de las técnicas <i>Alternative Dispute Resolution</i> en distintas ramas del ordenamiento jurídico.....	120
2.1.6.1. Las <i>Alternative Dispute Resolution</i> en el ámbito civil	120
2.1.6.2. Las <i>Alternative Dispute Resolution</i> en el ámbito penal	121
2.1.7. Principios de la mediación penal	123
2.1.7.1. Voluntariedad y libre disposición	123
2.1.7.2. Principio de oficialidad	124
2.1.7.3. Principio de igualdad	125
2.1.7.4. Principio de neutralidad-imparcialidad de los mediadores.....	125
2.1.7.5. Principio de confidencialidad	126
2.1.7.6. Principio de flexibilidad.....	126
2.1.7.7. Principio de dualidad de posiciones, igualdad y contradicción	127
2.1.7.8. Principio de gratuidad	127
2.1.8. Breve referencia a técnicas de mediación	128
2.1.8.1. Precedentes históricos y elementos característicos	128
2.1.8.2. Fases en su ejecución práctica	130
2.1.8.3. Fases del procedimiento en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	132
2.1.9. Ventajas, inconvenientes y problemas de la mediación penal.....	134
2.1.9.1. Riesgo de privatización, deslegalización y desjudicialización del conflicto penal.	135
2.1.9.2. Diferencias derivadas de la capacidad económica del infractor	136
2.1.9.3. Inadecuación del procedimiento de mediación para todo tipo de delitos.	137
2.1.9.4. La mediación puede suponer para el victimario una humillación.....	137
2.1.9.5. La mediación puede suponer la extensión de la red de control social (<i>net widening</i>)	138
2.1.9.6. La mediación penal obstaculiza o perturba los fines del derecho penal	
2.1.9.7. Posible interferencia con la política criminal del Estado	139

2.1.9.8. Mediación como perspectiva individualista y peligro de abuso de la víctima o manipulación de ésta.....	139
2.1.9.9. Mercantilización del conflicto.....	139
2.1.10. Experiencias y regulación de la mediación penal en el derecho comparado.....	140
2.1.10.1. Naciones Unidas.....	140
2.1.10.2. UE normativa sobre la justicia restaurativa.....	141
2.1.10.3. Justicia restaurativa y mediación penal en países del <i>common law</i>	143
2.1.10.3.1. Estados Unidos.....	143
2.1.10.3.2. Gran Bretaña y nueva Zelanda.....	145
2.1.10.4.- Justicia restaurativa y mediación penal en países del <i>civil law</i>	147
2.1.10.4.1. Alemania.....	147
2.1.10.4.2. Austria.....	149
2.1.10.4.3. Francia.....	149
2.1.10.4.4. Bélgica.....	151
2.2. La víctima como figura central en el sistema de justicia restaurativa.....	153
2.2.1. Historia de la figura de la víctima y riesgos de su protagonismo.....	153
2.2.1.1. Antecedentes históricos desde los inicios a la implantación de la justicia oficial.....	153
2.2.1.2. Posterior evolución histórica, hasta el monopolio estatal.....	156
2.2.1.3. Desde la edad moderna al siglo XX. La víctima en el desarrollo de la dogmática penal en la ciencia penal.....	158
2.2.1.4. Aparición de la criminología. Escuela positivista italiana.....	159
2.2.1.5. Reparación de la víctima en el siglo XX.....	162
2.2.1.6. Riesgos del excesivo protagonismo de la víctima.....	165
2.2.2. Estatus de la víctima en la legislación comparada.....	168
2.2.2.1. Preámbulo: necesidad de la víctima de participar en el proceso.....	168
2.2.2.2. Normativa internacional.....	169
2.2.2.2. Normativa europea.....	171
2.2.2.4. Estatus de la víctima en Derecho comparado.....	177
2.2.2.4.1. Estatus de la víctima en Alemania.....	177
2.2.2.4.2. Estatus de la víctima en Italia.....	180
2.2.2.4.3. Estatus de la víctima en Francia.....	182
2.2.2.4.4. Estatus de la víctima en los Estados Unidos.....	183
2.2.3. Estatus de la víctima en la vigente legislación española.....	188
2.2.4. Problemas derivados de la participación de la víctima en el proceso en relación con la justicia restaurativa.....	193
2.2.4.1. El reconocimiento de los hechos.....	194
2.2.4.2. La participación de la víctima en el procedimiento de justicia restaurativa.....	194
2.2.4.3. Voluntariedad y confidencialidad.....	195
2.2.4.4. Adecuación del caso para ser objeto del procedimiento restaurativo.....	195
2.3. Mediación insertada en el sistema penal.....	196
2.3.1. Concepto del fin de la pena: su reformulación.....	196
2.3.2. Integración de la mediación en el vigente proceso penal español.....	201
2.3.2.1. Relación de los sistemas de justicia restaurativa con la justicia institucional.....	201
2.3.2.1.1. Sistemas complementarios a los tribunales.....	201
2.3.2.1.2. Sistemas alternativos al enjuiciamiento.....	201
2.3.2.1.3. Sistemas ajenos a los tribunales.....	201

2.3.2.2. Mediación en el sistema penal español: normativa y razones para su inserción en el proceso	202
2.3.2.3. Integración en el proceso penal	205
2.3.2.4. Ámbito de la mediación penal según las modalidades delictivas	206
2.3.2.5. Mediación penal y derecho al proceso debido.....	209
2.3.2.5.1. Principios de legalidad y oportunidad.....	210
2.3.2.5.2. Principios de igualdad de armas y bilateralidad.....	211
2.3.2.5.3. Derecho de acceso vs principio de adecuación al proceso	212
2.3.2.5.4. Derecho de defensa frente a garantías del procedimiento restaurativo	212
2.3.2.6. Modos de inserción de la mediación penal en la legislación procesal vigente en España.....	213
2.3.2.6.1. Precedentes y ámbitos de la mediación penal en España	213
2.3.2.6.2. Sobreseimiento por el principio de oportunidad en el ámbito de los delitos leves.....	214
2.3.2.6.2.1. Delito leve semipúblico	216
2.3.2.6.2.2. Delito leve público	216
2.3.2.6.3. Medidas de derivación o diversión.....	219
2.3.2.6.3.1. Suspensión de la pena privativa de libertad.....	219
2.3.2.6.3.2. La conformidad	220
2.3.2.6.3.3. La libertad condicional	222
2.3.2.6.4. En el sistema de menores.....	223
2.3.2.6.4.1. Desistimiento de la incoación del expediente	224
2.3.2.6.4.2. La incoación del expediente de reforma y soluciones extrajudiciales a la conclusión del expediente	225
2.3.2.6.4.2.1. Mediación por conciliación o reparación (art. 19 LORPM)	226
2.3.2.6.4.2.2. Sobreseimiento por suficiencia del reproche o inadecuación de cualquier intervención sobre el menor (art. 27.4 LORPM).....	227
2.3.3. Integración de la justicia restaurativa en los proyectos de nuevos textos de Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	228

CAPÍTULO III

Evolución y tendencias del proceso penal: ejes de su reforma en los anteproyectos de ley en clave de justicia restaurativa y participación del Ministerio Fiscal en la misma.

3.1. Antecedentes históricos del actual proceso penal	234
3.1.1. Orígenes de los sistemas procesales penales en Europa	234
3.1.2. Posterior evolución de ambos modelos en el panorama europeo	235
3.1.3. Proceso penal español a finales del siglo XIX	236
3.1.4. Evolución de los modelos procesales en Europa después de la II Guerra Mundial.....	237
3.1.5. Constitución española de 1978 y evolución del diseño de proceso penal.....	238
3.2. Necesidad de la reforma de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.....	239
3.3. Precedentes y reformas tendentes al nuevo modelo procesal penal	244
3.3.1 Necesidad de simplificación de la justicia penal.....	244
3.3.2. Anteproyecto ley medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia	246
3.3.3. Proceso por aceptación de decreto del fiscal.....	262

3.3.4. Impulso de los mecanismos de oportunidad por la Fiscalía General del Estado con ocasión de la pandemia.....	265
3.3.5. La creación de la Fiscalía Europea y su repercusión en el proceso penal español	268
3.3.5.1. Orígenes de la Fiscalía Europea.....	268
3.3.5.2. Introducción en el ordenamiento español de la Fiscalía Europea.....	270
3.3.5.3. Estructura y funcionamiento de la Fiscalía Europea.....	272
3.3.5.4. Estructura y funcionamiento de la Fiscalía Europea en España	274
3.4. Justicia restaurativa en los proyectos de reforma: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, Borrador de Código Procesal penal de 2013 y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020	277
3.4.1. Introducción	277
3.4.1.1. Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los últimos años y situación actual.....	277
3.4.1.2. Dilaciones indebidas como motivo importante de la reforma procesal.....	278
3.4.2. Ejes fundamentales de la reforma: potenciación del principio de oportunidad e investigación oficial dirigida por el Ministerio Fiscal.....	287
3.4.2.1. Introducción.....	287
3.4.2.2. Potenciación del principio de oportunidad penal.....	289
3.4.2.2.1. Modalidades: la conformidad y momentos para su práctica en el proceso vigente.....	290
3.4.2.2.1.1. Durante la instrucción.....	292
3.4.2.2.1.2. Conformidad efectuada en el acto de juicio oral.....	295
3.4.2.2.1.3. Conformidad en el ámbito de la Ley del Tribunal del Jurado.....	296
3.4.2.2.2. Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre conformidades: Instrucción 2/2009 y Protocolo suscrito con el Consejo General de la Abogacía Española 2009	297
3.4.2.2.3. Críticas y aspectos negativos de la oportunidad penal	300
3.4.2.3. Investigación oficial dirigida por el Ministerio Fiscal	304
3.4.2.4. Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal restrictivas de derechos fundamentales y juez de garantías.....	313
3.4.2.4.1. Inspecciones y registros corporales.....	314
3.4.2.4.2. Intervenciones corporales	317
3.4.2.4.3. Recogida y conservación de muestras biológicas	321
3.4.2.4.4. Entrada y registro en lugares y efectos.....	322
3.4.2.4.5. Intervención de las comunicaciones	323
3.4.2.4.6. Medidas cautelares	326
3.4.2.4.6.1. Medidas cautelares de naturaleza personal	327
3.4.2.4.6.2 Medidas cautelares relativas a otros derechos	330
3.4.2.4.6.3 Medidas cautelares reales	330
3.4.2.4.6.3.1. Medidas patrimoniales de aseguramiento de las consecuencias accesorias de la pena.....	331
3.4.2.4.6.3.2. Medidas patrimoniales de aseguramiento de la responsabilidad penal <i>ex delicto</i>	331
3.4.2.5. Problemática que suscita la investigación por parte del Ministerio Fiscal: posible desigualdad de armas.....	335

3.4.3. Justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, Borrador de Código Procesal penal de 2013 y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020.....	339
3.4.3.1. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011	339
3.4.3.2. El Borrador de Código Procesal penal de 2013	343
3.4.3.2.1. Borrador de Código Procesal penal de 2013 y principio de oportunidad	345
3.4.3.2.2. Borrador de Código Procesal penal de 2013 y justicia negociada	346
3.4.3.2.3. Borrador de Código Procesal penal de 2013.y mediación penal.....	349
3.4.3.2.3.1. Consideración crítica de la regulación del Borrador de Código Procesal penal de 2013 de la mediación penal.....	349
3.4.3.2.3.2. La regulación de la mediación penal en el Borrador de 353Código Procesal penal de 2013	353
3.4.3.3. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020.....	355
3.4.3.3.1. Configuración general del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020	355
3.4.3.3.2. El fiscal director de la investigación oficial en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Aproximación al procedimiento dirigido por dicho órgano.....	356
3.4.3.3.3. Apreciaciones críticas al modelo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 en relación al fiscal director de la Investigación oficial y al Juez de Garantías.....	363
3.4.3.3.4. El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020	367
3.4.3.3.5. Tratamiento de la conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020	368
3.4.3.3.6. Regulación de la justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020	369
3.4.3.3.7. Cuestión discutida: justicia restaurativa en supuestos de violencia de género	370
3.4.3.3.8. Terminación por razones de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020, arts.174-180.....	371
3.4.3.3.9. Justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020, Capítulo III, Título IV, artículos 181-185.....	381
3.5. Protocolos de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial penal del país vasco 2012 y 2019.....	387
3.5.1. Introducción	387
3.5.2. Antecedentes	388
3.5.3. Configuración del servicio y asuntos susceptibles de mediación penal.....	389
3.5.4. Fases de la mediación penal con carácter general	390
3.5.4.1. Inicio	390
3.5.4.2. Fase de acogida.....	391
3.5.4.3. Fase de encuentro dialogado.....	391
3.5.4.4. Fase de acuerdo.....	392
3.5.5. Posibles repercusiones penales del procedimiento de mediación.....	392
3.5.5.1. Antes de la celebración del juicio oral	393
3.5.5.2. En ejecución de sentencia.....	393

3.5.6. Seguimiento del acuerdo.....	393
3.5.7. Evolución legislativa posterior al protocolo de 2012 y nuevo protocolo de 2019.....	394
3.5.8. Protocolo de mediación penal de la Comunidad Autónoma vasca de 2019.....	396
3.5.8.1. Aspectos significativos del protocolo de la CA Euskadi 2019	397
3.5.8.1.1. Infracciones susceptibles de ser derivadas	397
3.5.8.1.2. Órganos que pueden practicar la derivación y momentos para ello	397
3.5.8.1.3. Desarrollo y fases del procedimiento.....	397
3.5.9. Acuerdo de colaboración entre el CGPJ y el gobierno vasco Eusko-Jaurlaritza.....	400
Conclusiones	402
Tesis	431
Bibliografía	432

ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i> .
ALECr 2011	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.
ALECr 2020	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.
ALMEP	Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia.
BCPP 2013	Borrador de Código Procesal Penal de 2013.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CC	Código Civil.
CE 1931	Constitución Española de 1931.
CE	Constitución española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.
CEPEJ	Comisión Europea para la eficiencia de la justicia.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CI 1947	Constitución italiana de 1947.
CP	Código Penal.
CPI	Código Penal italiano.
CP 1976	Constitución portuguesa 1976.
CPPF	Código Procesal Penal francés.
CPPI	Código Procesal Penal italiano.
EM	Exposición de Motivos.
EOMF 1926	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926.
EOMF	Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.
EVD	Estatuto de la Víctima del delito.
FG	Fiscal General del Estado.
FGE	Fiscalía General del Estado.
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i> , Ley del Poder Judicial alemana.
LBOJ 1974	Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECr	RD, de 14 septiembre 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa.
LO 4/2000	Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LO 9/2021	Ley orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 octubre de 2017.
LODP	Ley orgánica del Defensor del Pueblo.
LOE	Ley Orgánica del Estado nº1/1967 de 10 de enero de la Jefatura del Estado.
LOGP	Ley orgánica general penitenciaria.
LOPJ 1870	Ley orgánica del Poder Judicial de 1870.
LOREG	Ley orgánica de régimen electoral general.
LORPM	Ley orgánica de la responsabilidad penal del menor.
LOTIC	Ley orgánica del Tribunal Constitucional.
LOTJ	Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

LMACM.....	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles.
LVG	Ley orgánica de Protección integral contra la violencia de género.
MASC	Medios Adecuados de Solución de Controversias.
PIDCP.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de Naciones Unidas.
RAE.....	Real Academia Española.
REOMF 1958	Reglamento del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1958.
RMF 1969.....	Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal de 1969.
RMF 2022	Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal de 2022.
ROMF 1928.....	Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1928.
RRC.....	Reglamento del Registro Civil.
SAT	Servicio de Atención a la Víctima.
SJR	Servicio de Justicia restaurativa.
SMI	Servicio de Mediación Intrajudicial.
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> , o Código Procesal Penal alemán.
TC	Tribunal Constitucional.
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE.
TS.....	Tribunal Supremo.

1.INTRODUCCIÓN.

1.1. Objeto y finalidad de la investigación.

El punto de partida de esta humilde investigación tuvo lugar durante nuestro desempeño profesional en distintas fiscalías del país, al constatar que, a pesar del gran desarrollo doctrinal y de su plasmación en normativas internacionales, la justicia restaurativa apenas era conocida por los funcionarios del organismo, y tan solo de forma muy tangencial iba teniendo su entrada en la práctica diaria. A pesar de ello, no fue este pensamiento el que nos movió a la elección del tema. Más bien habría que decir que fue otro el que nos guió, algo intuitivamente al inicio, a unir las ideas de la justicia restaurativa y el trabajo que hemos realizado durante décadas. Ya desde aquel 1992, en que pisamos por primera vez los juzgados, nos sorprendió el desamparo y el desconcierto de las víctimas ante el aparato judicial. Han pasado muchos años desde entonces: su situación ha mejorado, tanto legislativa, como socialmente, y la sensibilidad de los profesionales, en términos generales, es otra. Con todo, algo siempre desconcierta cuando una víctima entra en la rueda procesal. Este sentimiento fue el que nos llevó a poner nuestros ojos en las fórmulas de justicia restaurativa, que, a fuer de sincero, no se produjo hasta pasar por la Sección de Menores, donde, a diferencia de la justicia de adultos, la mediación tiene cierto peso.

Efectivamente, tan sólo tras el paso por la Sección de Menores de una de las fiscalías donde estuvimos destinados, tomamos contacto con las técnicas de mediación, toda vez que en esta jurisdicción es una forma relativamente frecuente de finalización del expediente. Dicha circunstancia es, en buena medida, la que motivó la elección del tema de este trabajo: estudiar qué papel puede desempeñar el Ministerio Fiscal como promotor de la justicia restaurativa, en particular, en la mediación penal, su técnica más extendida, poniéndolo en relación con los modelos previstos en los nuevos procesos penales.

Impulsado desde esta curiosidad e interés personal, el objetivo de la presente investigación, que reconocemos de alcance muy modesto, ha sido, poniendo en conexión la función del Ministerio Fiscal en la justicia restaurativa, tanto en el modelo vigente de proceso penal español, como en los modelos que, en este ámbito, desarrollan el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, analizar críticamente, y no solo en su sentido desfavorable que se atribuye al término, la forma de participar en aquélla, examinar sus posibilidades de actuación y su eventual papel proactivo en la justicia restaurativa. El nuevo rol que, según todos los modelos estudiados, asumirá previsiblemente el Ministerio Fiscal como director de la investigación penal, puede y debe tener una incidencia directa en un papel catalizador de las formas de la justicia restaurativa que, ahora sí, recogen expresamente los anteproyectos.

1.2. Plan de la obra.

El presente trabajo se estructura en tres capítulos de distinta longitud, que pivotan sobre la institución del Ministerio Fiscal y el rol que dicha institución asume en la legislación vigente y el que puede asumir, en relación con la justicia restaurativa, desde los recientes intentos de reforma procesal penal en los Anteproyectos de LECr de 2011, Borrador de Código Procesal Penal de 2013, y, finalmente, el Anteproyecto de LECr de 2020, en tramitación parlamentaria en

la actualidad. El estudio tiene una base descriptiva, en orden a fijar el marco en el que se desarrollan los ejes de la investigación, y otra crítica, que se despliega en algunas ubicaciones en particular, aunque hay que advertir que esta segunda perspectiva se encuentra más bien entrecruzada en todo el texto de la investigación.

El Capítulo I se ocupa del sujeto de este trabajo, el Ministerio Fiscal, optando por una inicial aproximación al mismo que ordena un doble discurso argumental: uno cronológico, en un recorrido histórico de la institución del Ministerio Fiscal, en continua y acelerada evolución en las últimas décadas, desde sus más antiguos precedentes hasta su configuración como órgano constitucional en la CE de 1978, y otro centrado en los elementos que identifican esta institución en sus ámbitos de intervención, así como la exposición de sus principios de actuación. Se continúa en la misma línea argumental desarrollando la organización del órgano, centrándose en su estatuto y en su estructura. Los principios de actuación del Ministerio Fiscal resultan de especial relevancia de cara a la muy probable asunción por parte de éste de la dirección de la investigación oficial, ya que el mayor o menor acento en los principios de legalidad e imparcialidad de la institución, y, sobre todo, sus garantías, determinarán la efectividad del nuevo modelo de investigación criminal.

A continuación, la investigación se ocupa de la organización del Ministerio Fiscal, de las facultades y deberes de los agentes del mismo según su Estatuto Orgánico y de su estructura orgánica. Este punto, que se centra en las figuras jerárquicas del órgano, tiene relevancia por cuanto, como posteriormente se razona, la magnitud de sus prerrogativas de mando son una brecha para la dirección de la investigación penal por el Ministerio Fiscal. En íntima relación con lo anterior, el estudio continúa examinando las relaciones del Ministerio Fiscal con los tres poderes tradicionales del Estado, siendo bastante patente que su ubicación natural reside en el entorno del Ejecutivo. Tras este somero examen del Ministerio Fiscal español, entendemos que procede una visión de la acusación pública en el derecho comparado para contextualizar las características del español y extraer alguna consecuencia del cotejo de distintos sistemas, que arroja el resultado de una sorprendente identidad a pesar de diferencias notables entre ellos.

El capítulo se termina con una recapitulación sobre la actividad investigadora del Ministerio Fiscal, es decir, la forma de intervención del mismo en el proceso penal para este menester, y en particular por medio de las diligencias de investigación, una modalidad que supuso un paso dubitativo y descafeinado en esa línea, y el planteamiento, finalmente, de un modelo de investigación posible.

El Capítulo II es el de más extensión de todos ellos, estando dividido, a su vez, para una mayor claridad expositiva, en tres partes; trata sucesivamente del paradigma de la justicia restaurativa, la víctima como figura central en dicho sistema, y la mediación, expresión más significada del mismo, inserta en el sistema de justicia penal.

La primera de las partes aborda el modelo que podríamos denominar de cuño filosófico-humanístico de la justicia restaurativa, tratando de los sistemas de resolución de conflictos que la doctrina ha ido perfilando, y enlazándolo con la crisis del sistema penal vigente. Este último es el sistema de resolución de conflictos institucionalizado y hegemónico en nuestro ámbito cultural, encontrándose en el momento actual en una grave crisis, casi podríamos hablar de colapso. A continuación, se analizan los antecedentes y características de las técnicas *Alternative Dispute Resolution*, (Resolución alternativa de conflictos, ADR), y los principios en que se sustenta la mediación, la técnica más extendida entre aquellas, de entre las cuales el

elemento de la voluntariedad y libre autodeterminación resultan cruciales, siendo así recogido en las técnicas que regula la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, (en adelante, LMACM). No obstante, como casi siempre ocurre con cualquier diseño de resolución de conflictos, la técnica antedicha presenta ventajas e inconvenientes que la investigación estudia seguidamente. Este subapartado del Capítulo III termina exponiendo las experiencias y la regulación de la mediación penal en algunos espacios y países significativos.

El apartado central del Capítulo III versa sobre la víctima como figura capital del sistema de justicia restaurativa, ya que la protección a la misma y su toma en consideración es una de las principales justificaciones de ésta. La investigación analiza, en primer lugar, la fluctuante evolución histórica de dicha figura con una gran importancia en sus inicios, su posterior total postergación y el protagonismo recuperado en fechas históricamente muy recientes, expresión de lo cual es el estatus que ha conseguido en la normativa internacional y en la estatal de algunos significativos países que se estudian a continuación (Alemania, Italia, Francia y Estados Unidos), para proseguir con la normativa española y terminar con los problemas que puede plantear la participación de la víctima en el proceso penal, un proceso diseñado históricamente a sus espaldas, y encajándolo asimismo en los procedimientos de justicia restaurativa.

No nos apartamos de la opinión mayoritaria al considerar que el sistema de mediación debe estar insertado en el sistema penal para, aprovechando las ventajas de dicho mecanismo, no se pongan en peligro derechos básicos relacionados con la tutela judicial efectiva. En este sentido, la investigación prosigue pues indagando en las razones por las cuales esta integración resulta del todo punto conveniente. Se incide especialmente en las eventuales interferencias que puede plantear la mediación en referencia a los elementos que completan el derecho al proceso debido; legalidad, oportunidad, igualdad de armas y bilateralidad, derecho de acceso al proceso y adecuación del mismo, y derecho de defensa. Los posteriores apartados tratan sobre los modos de inserción de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español, centrándose en el sobreseimiento por razones de oportunidad practicado en el ámbito de los delitos leves, y las medidas de derivación actualmente posibles con la legislación vigente mediante los instrumentos de la suspensión de la pena privativa de libertad, de la conformidad y de la libertad condicional. El espacio de la justicia de menores se trata aparte, puesto que es el ámbito donde estas modalidades se encuentran expresamente recogidas en el texto legal regulador en las formas de desistimiento de la incoación, procedimiento mediador o sobreseimiento por suficiencia del reproche o inadecuación de cualquier actuación sobre el menor.

El Capítulo III de la obra enlaza el proceso penal actual, el previsiblemente próximo y los modelos previos que no pasaron de una fase de tanteo de reforma procesal penal integral, y la labor que, actualmente, realiza el Ministerio Fiscal en el proceso en vigor y en relación a la justicia restaurativa y el que jugará tras la entrada en vigor del actual Anteproyecto de LECr de 2020 (en adelante, ALECr 2020). El capítulo presenta, con afán de contextualizar el posterior desarrollo, los antecedentes históricos del actual proceso penal en el ámbito europeo y español. A continuación, y sin ánimo exhaustivo, sino más bien ejemplificador y sectorial, se han elegido una serie de anteproyectos, reformas legales y propuestas programáticas recientes que dibujan hacia dónde tiende el diseño del proceso penal español en el área del estudio que nos ocupa. Nótese que se trata de tres elementos de naturaleza diversa (prelegislativa, legislativa y programática) pero que propelen hacia el mismo objetivo.

En esta lógica, tras recapacitar sobre la necesidad de simplificación de la justicia penal, se analizan varios ejemplos que muestran la tendencia señalada. El primero es el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de la Justicia de 2020, el segundo el proceso por aceptación del decreto del fiscal, introducido mediante la Ley 41/2015, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y, por último, la llamada Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia del coronavirus COVID-19 que la Fiscalía General del Estado emitió en fecha 24 abril de 2020. Seguidamente, se estudia la que, según la Exposición de Motivos (en adelante, EM) del ALECr de 2020, ha sido la causa eficiente de la necesidad de promulgar una nueva ley procesal penal, cuando menos de su urgencia: el Reglamento de la UE 2017/1939 del Consejo de 12 octubre, que estableció un mecanismo de cooperación reforzada para su creación, habiendo sido desarrollada por un Reglamento Interno de fecha 12 octubre 2020, y la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento citado, para introducir en nuestro ordenamiento jurídico la citada institución. En el trabajo se estudia, además, su estructura y funcionamiento tanto a nivel europeo como español.

El siguiente bloque del Capítulo III versa sobre la Justicia restaurativa en los Anteproyectos y borradores de LECr de 2011, 2013 y 2020. Todos estos textos son analizados desde las ideas argumentales del presente trabajo, es decir, los mecanismos de justicia restaurativa y el papel del Ministerio Fiscal en ellos, que tienen, a su vez, íntima relación con dos de los ejes de la reforma: la potenciación del principio de oportunidad y la dirección de la investigación criminal por parte del Ministerio Fiscal. La primera de estas ideas se estudia a continuación tanto en sus modalidades y momentos para su aplicación, como en la doctrina que ha elaborado la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) al respecto. La segunda ahonda en el tema con un somero estudio sobre las dificultades que puede encontrar la investigación del Ministerio Fiscal en relación a las diligencias probatorias más comunes en la medida que pueden suponer intromisiones severas a derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, desde inspecciones y registros, intervenciones corporales, recogida de muestras biológicas, entradas y registros, intervención de comunicaciones, o medidas cautelares -personales o reales- con dicha afectación.

La siguiente área temática del capítulo III entra de lleno en el contenido de los Anteproyectos y borradores, deteniéndose con mayor detalle en el último de ellos, de previsible promulgación, y menor en el más alejado en el tiempo. Los textos se examinan desde la perspectiva del principio de oportunidad, de la justicia negociada y de la mediación penal como manifestación más conocida y extendida de la justicia restaurativa.

Por último, se estudia el ALECr 2020 desde el doble enfoque del órgano de la acusación pública como director de la investigación oficial, con apreciaciones críticas sobre dicho rol, y el de las manifestaciones del principio de oportunidad reguladas en el texto prelegal con carácter general, y pormenorizadamente en el articulado correspondiente. Como colofón final del trabajo se traen al mismo los Protocolos de conformidades que se han utilizado y que actualmente siguen rigiendo en el seno de la Comunidad Autónoma vasca. Considerábamos necesario su estudio, aunque fuese muy esquemático, puesto que, aunque termine promulgándose la nueva LECr, ésta no regulará con la suficiente amplitud -no sabemos, francamente, si se trata de un acierto o un error- la mediación y seguirá siendo preciso un instrumento de esta naturaleza, siendo el analizado, a nuestro modo de ver, depurado y técnicamente correcto, ya que colma con

bastante precisión tanto el ámbito subjetivo, como objetivo, las fases, consecuencias, y seguimiento del procedimiento.

1.3. Metodología y fuentes.

La metodología fundamental empleada para este trabajo ha sido la inductiva, es decir, el razonamiento lógico derivado del estudio de premisas particulares, extraídas de fuentes legales, dogmáticas y jurisprudenciales, para alcanzar una serie de conclusiones generales. El acopio de información para elaborar este trabajo se ha obtenido de fuentes bibliográficas, revistas científicas, textos legislativos y prelegislativos, jurisprudencia, y, en menor medida, de entrevistas, así como de la experiencia profesional propia.

La base fundamental de fuentes bibliográficas utilizadas para la confección de este trabajo ha sido la Biblioteca de la Universidad del País Vasco y en menor medida, pero también de forma sustantiva, la de la Universidad de Deusto. Las bases bibliográficas han abarcado desde la configuración del marco teórico de la justicia restaurativa, de carácter más general, hasta sus modulaciones en textos legales y normativa nacional e internacional. Hay que señalar que cada vez resulta más copiosa la bibliografía -de ambas bibliotecas- que resulta consultable desde el dispositivo electrónico, lo cual, supone ciertamente una ventaja, aunque no exenta de algún que otro inconveniente.

En relación con este aspecto, el material obrante en artículos de revistas científicas es en formato abrumadoramente electrónico desde hace ya unos años, particularmente, todo el material referido a los recientes intentos de reforma procesal. La jurisprudencia penal y constitucional ha sido, igualmente, recabada de fuentes electrónicas. En orden a calibrar las dificultades prácticas de la mediación penal, sus virtudes y sus posibilidades, nos han resultado muy útiles las experiencias del largo periodo en que trabajamos en la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Bizkaia, en el que, al margen de las vivencias propias, tuvimos ocasión de escuchar a los funcionarios del Equipo Técnico que se ocupaban profesionalmente de la práctica de la mediación, por lo que pudimos hacernos una idea bastante bien formada sobre esta técnica restaurativa, sobre sus ventajas, pero también sobre sus limitaciones. En lo relativo al instrumento de la conformidad, vía por la que se despacha en la mayoría de los casos el principio de oportunidad, ha sido la experiencia personal en cientos de negociaciones con abogados y estudio de casos particulares, la que nos ha orientado en el análisis y estudio de la problemática que plantea dicho mecanismo.

En cuanto a los textos legales empleados éstos abarcan desde la Constitución Española, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, (en adelante, respectivamente, CE, EOMF, CP, LECr) y las numerosas leyes de reforma procesal y penal que desde la promulgación de la CE se han ido sucediendo, hasta las más recientes Anteproyectos y borradores del LECr de los años 2011 y 2013 respectivamente, y el último de los intentos por reformar íntegramente el proceso penal español, y actualmente en trámites parlamentarios, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, ALECr de 2020). La actual coyuntura económica y socio-política para su promulgación es desalentadora en todos los sentidos, pero confiemos en que, en esta ocasión, entre los enormes problemas que acucian al país, se pueda, por fin, dar luz verde a una ley procesal moderna y que, en lo tocante a la justicia restaurativa, supone un gran paso adelante.

Finalmente, en cuanto a fuentes de estudio, es necesario aludir al material estadístico confeccionado por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) y la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE). Hay que señalar, no obstante, que se ha hecho un uso muy limitado del mismo, en particular porque no somos muy proclives a análisis cuantitativos para examinar problemas jurídicos en los que dicha magnitud no es la más relevante, pero reconociendo al mismo tiempo el gran valor corroborador que tienen dichas herramientas.

CAPÍTULO I

Misiones, funciones y organización constitucional del Ministerio Fiscal. Derecho comparado. Inminente función investigadora.

1.1. Aproximación histórica al Ministerio Fiscal.

1.1.1. Precedentes históricos anteriores al siglo XIX.

Resulta de especial importancia, antes de abordar un breve recorrido histórico de la institución del Ministerio Fiscal, ponderar las razones de ello. Se trata de un órgano en que el peso histórico de su evolución tiene una singular relevancia por cuanto que, desde su origen remoto al más inmediato, ha ido recibiendo aportes muy heterogéneos que la han convertido en una institución compleja y difícil de definir,¹ siendo un órgano polifacético y en continua transformación. Resulta así curioso observar cómo el Ministerio Fiscal se ha transformado en algo que sus precedentes históricos nunca hubieran hecho suponer.²

Sin embargo, lo más significativo de su recorrido resulta comprobar si sigue una tendencia determinada y hacia dónde se dirige la institución deduciendo que, en general, tanto en su evolución histórica como en el Derecho comparado, lo más llamativo es el fortalecimiento de su autonomía funcional y orgánica.

Las instituciones históricas que se suelen citar como precedentes del Ministerio Fiscal no pueden, en puridad, ser consideradas como tales, salvo por una cierta semejanza, bien terminológica, bien funcional, en que se adivinan algunos rasgos que han perdurado con la evolución de aquél. No será hasta la Revolución Francesa, y la evolución del régimen por ella instaurado, cuando los rasgos del actual Ministerio Fiscal sean identificables con los de la institución que ahora estudiamos.³

Sus referencias más remotas en el mundo grecolatino se han pretendido encontrar en la figura del *desmotetas* en Grecia, un magistrado que en caso de que el ofendido por un delito no quisiera acusar, se encargaba de hacerlo para evitar que se produjese la impunidad del culpable. En la ciudad de Esparta, existía, igualmente, otro magistrado, denominado *éforos*, que, al margen de funciones de control político, disponía de otras de carácter judicial como la de sostener la acción penal en contra de las sentencias que consideraba contrarias a la ley⁴.

¹ La dificultad de definir la institución lleva a considerar al antiguo fiscal Jefe de Cataluña, MENA ALVÁREZ, JOSÉ MARÍA, *De profesión, fiscal*, Editorial Ariel, Barcelona 2010, p. 15, que no solo para la generalidad de las personas, sino incluso para los estudiosos del Derecho, resulta conflictivo determinar su naturaleza.

² En el clásico libro de CALAMANDREI, PIETRO, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Editorial Reus, Zaragoza 2009, p. 61, se ponen de manifiesto varias de las características que convergen en el Ministerio Fiscal y que muestran la concurrencia en el mismo de cualidades que resultan contradictorias en sí mismas, tales como el mantenimiento de la acusación y, al mismo tiempo, perseverar en la imparcialidad, o el difícil equilibrio entre el apasionamiento en su labor de fomentar la acción de la justicia y la frialdad y objetividad de criterio.

³ Según señala MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 28, al estudiar el origen del fiscal, y para que pueda identificarse como tal, tendrá que respetar, en todo caso, su constitución como órgano público organizado de forma unitaria y que mantenga la legalidad y la defensa de los intereses generales, ya ni siquiera aquellos del Monarca o los del Estado, y tendrá que operar en el proceso ejerciendo la acusación pública, consustancial al fiscal. En el mismo sentido, MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid 1992, p. 41.

⁴ En el caso del Derecho griego de la época clásica, resulta muy difícil fijar con precisión las funciones de los sujetos participantes porque como indica FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, *Panorama de la Historia universal del Derecho*, Porrúa, México

En Roma se han citado varias instituciones con tal carácter; los *defensores civitates*, *quaestores*, *irenarcas*, *curiosi*, y los *stationari*, aunque no parece, sin embargo, que ejercitasen la acción penal⁵.

En la Edad Media, se han apuntado como precedentes del Ministerio Fiscal, funcionarios reales que actuaban como representantes de los intereses privados del rey, y que tenían el nombre de “procurador del rey” término éste con el que se ha seguido designando a los funcionarios del Ministerio Público en algunos países. Su actuación estaba lejos de defender los intereses generales y la legalidad, sino los del monarca, particularmente los del Tesoro Real o Fisco, otra de las denominaciones con que es conocido el Ministerio Público, ejercitando la acción penal tan solo en relación con la defensa de aquél. En el Derecho histórico español se menciona expresamente el procurador fiscal en las Cortes de Briviesca de 1387, también con funciones relacionadas con la defensa del patrimonio de la Corona.⁶

A finales de la Edad Media, en la ley I, del Título XVI, del Libro IV de la Novísima Recopilación, la institución se denomina “promotores para acusar y denunciar los maleficios” y comienzan a asumir el ejercicio de la acción pública, estableciéndose con carácter permanente en las Chancillerías y en las Audiencias.⁷

2013, pp. 61-69, se trata de un derecho disperso de diversas *polis*, conocido solo parcialmente y por fuentes indirectas, y, además, relativamente “vago”. Los cinco éforos, propios de Esparta, ejercían el gobierno y ostentaban competencias de control sobre funcionarios, gozando de inmunidad durante el año de su mandato. Por otra parte, en el derecho griego clásico, recuerda LEONARDO MARCHETTONI, *Breve storia della democrazia; da Atene al populismo*, Firenze University Press, 2018, p. 9, que, no existiendo una magistratura propiamente dicha, éstas eran ejercidas por ciudadanos investidos como tales a sorteo, procediéndose al sistema electivo tan solo en caso de que requirieran conocimientos técnicos. Las magistraturas eran temporales y se solían ejercer colegiadamente, y tras su ejercicio se debía rendir cuentas, pudiendo cualquier ciudadano exigir responsabilidad por eventuales abusos. No obstante, hay que recalcar como afirma LLEDÓ VÁSQUEZ, RODRIGO, “Sobre el derecho griego antiguo, como antecedente remoto del principio de legalidad penal”, AAVV, (Dir. REBOLLO VARGAS, RAFAEL, TENORIO TAGLE, FERNANDO), *Derecho penal, constitución y derechos*, Bosch, Madrid 2013, pp. 305-333, que no es posible hablar de derecho penal propiamente en Grecia, puesto que se puede afirmar que éste surge con la Ilustración, y que el proceso penal era oral, sin formalidades, y en el que los “ciudadanos ordinarios participaban sin intervención de especialistas” y que, aun existiendo éstos, eran mirados con recelo. Un estudio sobre el proceso penal griego lo efectúa BARONA VILAR, SILVIA *Proceso penal desde la historia; desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant, Valencia 2017, pp. 44-51.

⁵ Entre los mencionados el *quaestor* (cuestor) desempeñaba, como relata CASTILLEJO DUARTE, JOSÉ, *Historia del Derecho Romano, Política, Doctrinas, Legislación y Administración*, Dykinson, Madrid 2004, p. 196, funciones muy variadas y fluctuantes durante su desarrollo histórico, entre las que se encontraban algunas jurisdiccionales sobre ferias, mercados y policía. También en los *defensor plebis* y *defensor civitatis*, se podrían encontrar remotos antecedentes en tanto que ambas figuras tenían un cometido de defensa de las clases más humildes (p. 453), o facultades de vigilancia sobre la Administración (p. 452). Una aproximación somera al derecho penal y procesal romano y al principio acusatorio en este derecho es la realizada por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, “La acusación del ilícito penal en Derecho Romano”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Dykinson, Madrid 2010, pp. 13-29 que manifiesta que para la acusación, *accusatio*, en el derecho de la época republicana no era preciso que quien la sostuviese tuviera un interés directo en el asunto, existiendo únicamente algunas limitaciones subjetivas para su ejercicio; en el Principado el sistema se modificó con intención de limitarlo, siendo los poderes públicos quienes controlaban el proceso, instruyéndolo, y dictaban en fallo por medio de órganos versados en Derecho, persiguiendo de oficio los *crimina* (o delitos públicos, infracciones que se entendía atacaban al conjunto de comunidad política).

⁶ En las Cortes de Briviesca de 1387, explica MORÁN MARTÍN, REMEDIOS, *Materiales para un curso de historia del Derecho español*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid 2010, p. 676, se organizó el Consejo de Castilla, en el que se incluyó la presencia de letrados en el mismo. Los procuradores fiscales, por otra parte, compartían funciones de defensa del fisco, con figuras como el tesorero mayor (p. 743). La figura se consolidará ya a finales de la Edad Media, y en tiempos de los Reyes Católicos, ORDUÑA REBOLLO, ENRIQUE, *Historia del Estado español*, Marcial Pons Editora, Madrid 2015, p. 83, con la reforma de la Chancillería de Valladolid en 1485, quedaría adscrito a la misma un procurador fiscal con carácter permanente.

⁷ Sistematizando de forma cronológica distintas fases, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona 1999, pp. 29-36, distingue cuatro etapas en la formación histórica del Ministerio Fiscal en España; época

Sin embargo, no será hasta la Revolución Francesa, con la primacía de la ley⁸, y su corolario de instituciones dimanantes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando podamos hablar propiamente de una figura reconocible de Ministerio Fiscal con las características que le son propias⁹. En el nuevo orden prevalecía la división de poderes, con la consiguiente dinámica de relaciones y controles recíprocos, de los que el Ministerio Fiscal sería una pieza más.

1.1.2. Del siglo XIX a la actualidad.

1.1.2.1. Siglos XIX y XX.

El Ministerio Fiscal como tal surgió fruto de la época post revolucionaria, en el marco del Estado Liberal de Derecho y del constitucionalismo clásico, y producto, a su vez, de la naciente burguesía que buscaba en el nuevo régimen la protección de los derechos individuales característicos de aquella fase histórica. El origen del Ministerio Fiscal actual se encuentra en la Administración napoleónica que creó un cuerpo unitario de agentes administrativos, ordenado de forma jerárquica, y cuya misión consistía en vigilar el funcionamiento de la Administración de Justicia, representar ante los Tribunales al Poder Ejecutivo, y ejercer la acción penal, creando así un modelo burocrático de magistratura.

La Constitución española de 1812 creó el Tribunal Supremo de Justicia, estableciendo su art. 259 (Título V, Capítulo I) “Habrá en la Corte un tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia”. A dicho órgano se adscribieron dos fiscales.¹⁰

Con el Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 1814, surgieron los promotores fiscales, equiparados en el texto con los “ministros” del Tribunal Supremo (en adelante, TS), término usado para lo que denominaríamos actualmente magistrados, hasta el punto que preveía que, en ausencia de número suficiente de “ministros”, podrían ser sustituidos por los fiscales, que actuarían así de jueces. Igualmente, el Reglamento contemplaba la libertad de opinión del fiscal al impedir que se les hiciese objeciones por sus manifestaciones en los asuntos que despachasen. Aunque de forma embrionaria, surgen de esta manera en el texto precedente, la obligatoriedad del fiscal de sujeción a la legalidad, su imparcialidad y la independencia respecto a la magistratura.

primitiva o de la defensa del fisco, época intermedia o de asunción del ejercicio de la acción pública, época moderna o de constitución del Ministerio Fiscal y época constitucional.

⁸ Sobre el concepto francés del Reino de la ley (*Règne de la Loi*) tratan LORENTE SARIÑENA, MARTA, VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, JESÚS, *Manual de Historia del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pp. 404-406.

⁹ A este respecto, afirma MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., p. 189, no resulta metodológicamente adecuado recurrir a los antecedentes históricos remotos del Ministerio Fiscal, como suele hacerse a menudo, pues, a diferencia de otras instituciones, en este caso tal indagación no resulta fructífera.

¹⁰ El Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 1814, disponía en su Capítulo IV, dedicado a los fiscales del tribunal y agentes fiscales, que cada fiscal tendría dos agentes fiscales, y establecía que el acceso a este cargo se efectuaba por oposición, que consistía en una disertación para la cual se aislaba durante 48 horas al opositor al efecto de que lo preparase adecuadamente, leyéndose posteriormente en público y disertando sobre materias de derecho, y eligiendo el tribunal compuesto para tal efecto a los aspirantes por mayoría absoluta de los votos.

El Real Decreto de 26 de abril de 1844¹¹ introdujo en el Ministerio Fiscal los principios orgánicos de unidad y dependencia funcional.¹² Estas características quedarían definitivamente consagradas en la Ley Orgánica de 1870, que, a su vez, estableció estructuradamente el estatuto de los fiscales, la defensa de la legalidad circunscrita a la organización y funcionamiento de juzgados y tribunales, así como la separación entre la carrera fiscal y judicial que después, en la Ley adicional a la orgánica de 1882, quedó anulada al instituir una única carrera.

En el curso de la paulatina caracterización del Ministerio Fiscal, el siguiente hito normativo lo constituye la Ley de 15 de septiembre de 1870, provisional sobre organización del Poder Judicial (en adelante, LPOJ 1870), introductora de una regulación sobre aquél que perduró durante mucho tiempo. En su art. 763 definía el Ministerio Fiscal “como órgano de representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial”, posición de raigambre histórica. Si bien la ley fue promulgada con carácter provisional, en líneas generales, en lo tocante al Ministerio Fiscal, siguió siendo acogida por el Estatuto de 1926, el Reglamento de 1927, y el Reglamento de 1958, marcando una tendencia histórica que ni siquiera hoy ha sido superada. El Ministerio Fiscal aparece situado en la órbita del Gobierno, cuyos intereses defiende, no existiendo todavía el Cuerpo de Abogados del Estado. Además, según su art. 838.4 representaba al Estado, la Administración, y los establecimientos de instrucción y beneficencia.

Aunque la ley aproximó el estatuto de los miembros del Ministerio Público al de jueces y magistrados, lo hizo en todo, salvo en las garantías de independencia e imparcialidad de que aquellos gozaban. La sujeción al Gobierno se mostraba explícita y tajante en su art. 841, cuando situaba al fiscal del TS, órgano superior jerárquico del Ministerio Fiscal, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia, pudiendo ser separado libremente de su cargo por el Gobierno -al igual que los fiscales en las audiencias-, amén de sus facultades de destitución o traslados forzosos.¹³

Se trataba de un modelo de Ministerio Fiscal donde el principio de dependencia jerárquica estaba concebido de manera radical, como una auténtica cadena de mando en que su máxima autoridad era el Ministro de Gracia y Justicia. La defensa de la legalidad era entendida

¹¹ El Decreto se publicó en la Gaceta de Madrid, número 3514, el día 28 de abril de 1844. En el preámbulo del mismo, el Ministro de Gracia y Justicia, Luis Mayans, se dirige a la Reina Isabel II, poniéndole de manifiesto la necesidad de dar “unidad y vigor al Ministerio Fiscal” como parte de una reforma más ambiciosa y general de la Administración de Justicia. Alude, para ello, a razones de tipo económico, y a no dañar los derechos de los magistrados que ejercían como fiscales. El contenido propiamente dicho del Decreto es breve, cuatro artículos de poca extensión, en los que crea la figura de un único Fiscal en el Tribunal Supremo, otro en la Audiencia de Madrid, y otro en cada una de las Audiencias Territoriales e islas. Se trataba de una reducción con respecto a la anterior planta, por lo que su artículo segundo preveía la recolocación de los fiscales cesantes como magistrados (“ministros” en la denominación de la época) en las audiencias, salvo grave inconveniente. La reforma aumentaba el número de agentes fiscales para atender al servicio, y, paradójicamente, concluía asegurando que la ejecución del Decreto no supondría ningún aumento del gasto del Ministerio de Gracia y Justicia.

¹² En el estudio acerca de las diversas fases históricas que el Ministerio Fiscal español atravesó CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *El Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, p. 32, señala este decreto de 1844, tras varios de naturaleza accidental, como aquel en que aparecen por primera vez mencionados los principios de unidad y dependencia funcional. Según indica, la razón del mismo fue tratar de evitar la dispersión de criterios en el despacho de asuntos por los miembros del Ministerio Fiscal, pero, evidentemente también, apunta el autor, para privar de libertad a éstos en el ejercicio de la acción penal.

¹³ La única garantía ante estas amplias potestades del Gobierno sobre los funcionarios del Ministerio Fiscal, era la de entablar recursos contencioso administrativos contra aquél, (art. 384.2 LPOJ 1870), aunque en los casos de destitución solo en lo relativo al respeto a “las formas que la ley prescribe”.

en la Ley Orgánica de forma restringida, al ceñirse sólo a la organización y competencias de los Tribunales.¹⁴

El Real Decreto de 16 de marzo de 1886 de reestructuración del servicio de lo Contencioso Administrativo, publicado en la Gaceta de Madrid el 20 de ese mes, atribuyó al Cuerpo de Abogados del Estado la representación y defensa de la Hacienda y del Estado privando de estas funciones al Ministerio Fiscal. La promulgación de este Real Decreto podría haber sido una oportunidad idónea para conformar un modelo de Ministerio Fiscal aproximado a la configuración judicial, y, particularmente, para que perdiese su condición de representante del Gobierno.¹⁵

El siguiente hito legislativo fue el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, creado por Real Decreto de 21 de junio de 1926, (en adelante, EOMF 1926), de gran relevancia puesto que mantuvo su vigencia hasta su derogación con la entrada en vigor del de 1981. El Estatuto continuó con la asimilación tradicional entre magistrados y fiscales, pero separó ambas carreras. De conformidad con el art. 1 del citado Estatuto; “El Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los Juzgados y Tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden público y la satisfacción del interés social”, que como puede observarse, y salvo la función de “representación” ante el Poder Judicial, es muy similar a la redacción del actual art. 1 de Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se regula el EOMF y del art. 124 CE.

La caracterización que hace del Ministerio Fiscal, como se observa, es la de “órgano de representación del Gobierno ante el Poder Judicial”, contradictoria con la manera en que la CE diseña aquél. Llama la atención que, durante unos años, hasta la promulgación del EOMF 1981, tal propiedad del órgano que sostiene la acción pública subsistiese en convivencia con la CE. Como elementos novedosos el EOMF 1926, añadía a la nota de dependencia, aquella según la cual el Ministerio Fiscal ha de “procurar” siempre “el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”, conceptos éstos que siembran de más desconcierto a la institución, ya que ambos objetivos pueden chocar con lo ordenado por el Gobierno bajo cuya rígida jerarquía se encontraba.

El concepto de legalidad se amplió con respecto al contemplado en la LPOJ 1870, ya que comprendió el mantenimiento del orden jurídico, y también, aunque la opción del uso del verbo “procurar” trata de salvarlo de la estricta dependencia jerárquica, se reconoce el principio de imparcialidad.

El Estatuto recogía, en su articulado, un conjunto de importantes prerrogativas en cuestiones como nombramientos discrecionales, separaciones, traslados, ascensos, así como la facultad de dictar órdenes o instrucciones, que conformaban un Ministerio Fiscal totalmente dependiente del Ejecutivo, manteniendo, por otra parte, su función de representar al Estado y a la Administración “siempre que expresamente no esté atribuida la representación a los Abogados del Estado o a otros funcionarios” (art. 2.3 LPOJ 1870).

¹⁴ Según considera MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., p. 69.

¹⁵ Opinión que es mantenida por MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., p. 75.

En desarrollo del Estatuto orgánico se promulgó el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 28 de febrero de 1928 (en adelante, ROMF 1928). Reforzó aun más la idea de Ministerio Fiscal subordinado al Ejecutivo, suprimiendo, incluso, en su art. 1, la referencia a procurar “siempre imparcialmente, el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”, señalando, por otra parte, su carácter de “representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial”, encomendándole la misión de “cuidar de que se administre pronto y cumplidamente la justicia”, y procurar la celeridad procesal. El art. 74 es un ejemplo de cómo la dependencia respecto al Gobierno se torna, incluso, más intensa al recalcar que el Fiscal del TS debería cumplir las órdenes del Ministro, así como darle los informes generales o sobre casos concretos que le pida aquél. Esta sumisión tan categórica ilustra en qué lugar quedaba la pretendida imparcialidad, postergada, sin remedio, ante la obediencia sumisa del fiscal que consagraba el Reglamento.

La Constitución de la II República de 1931 (en adelante, CE 1931) reguló la figura del Fiscal en su título VII, en el epígrafe dedicado a la “Justicia”; concretamente es el art. 104 el que se refería a él en los siguientes términos: “El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia.” Este precepto, como puede observarse, no hacía mención alguna a su función de representación al Gobierno ante el Poder Judicial. Ante la no derogación del EOMF 1926 y su reglamento, el Ministerio Fiscal continuó rigiéndose por ellos.

Durante el régimen franquista, se promulgó el Decreto 66/1958, de 21 de febrero, que aprobaba el Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) el 18 de marzo de 1958 (en adelante, REOMF 1958). Sustituyó el anteriormente vigente, de 28 de febrero de 1927, y definía al Ministerio Fiscal como “representante del gobierno en sus relaciones con la Administración de Justicia” con la misión de “cuidar que ésta se administre pronto y cumplidamente”. El Reglamento consagraba una total dependencia de los miembros del Ministerio Fiscal, que podían ser destituidos por el Ministro de Justicia, incluso, como preveía el art. 50 REOMF 1958, “cuando por su conducta viciosa, por su comportamiento poco honroso o por su habitual negligencia no sean dignos de continuar ejerciendo funciones fiscales” o ser trasladados de manera forzosa. Funcionalmente, el Ministro de Justicia podía dar órdenes genéricas o concretas, a través del Fiscal del TS, al funcionario que llevase un determinado asunto.

Cronológicamente, la siguiente normativa sobre la institución fue la Ley Orgánica del Estado nº 1/1967, de 10 de enero, de la Jefatura del Estado (en adelante, LOE 1967), que regulaba el sistema de instituciones del régimen franquista, y que, en lo concerniente al Ministerio Fiscal, en su art. 35 proclamaba: “1. El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. 2. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.”

Se observa que, en lugar de su función de representación del gobierno, se menciona la de ser “órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia” y que se silencia su actuación imparcial, la cual, volverá a aparecer en la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 (en adelante, LBOJ 1974), al afirmar en su art. 63: “De este modo se sienta el postulado de que, en su relación con la Justicia, la actuación del Ministerio Fiscal ha de producirse con estricta imparcialidad y sujeción a criterios de legalidad.” La novedad más importante consiste en que, por primera vez, el gobierno del Ministerio Fiscal, se le confía a sí mismo en dicho artículo: “Se determinan las bases de la organización del Ministerio Fiscal, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, y se le confía su propio gobierno, ejercido por el Fiscal del Reino, el Consejo Fiscal y los Fiscales Territoriales y Provinciales.”

1.1.2.2 Debate constituyente y Constitución española de 1978.

En la legislación española anterior a la CE el Ministerio Fiscal había sido entendido, como se ha visto, tanto en la LPOJ 1870, como en la LOE 1960, respectivamente, como “órgano de representación” u “órgano de comunicación” del Gobierno respecto de los Tribunales de Justicia, motivo por el cual uno de los temas más debatidos fue, precisamente, la idea de alejar al Ministerio Fiscal del Poder Ejecutivo, si era posible al modo italiano.¹⁶

Durante el debate constituyente el inicial artículo 114 CE, que se ocupaba del Ministerio Fiscal en el Anteproyecto de CE, se refería a éste como “órgano de relación” entre Gobierno y órganos de la Administración de Justicia. Dicho texto fue objeto de algunos votos particulares de representantes de los partidos políticos, mostrando que existían dos tendencias en torno a la ubicación del Ministerio Fiscal en el juego de poderes, una colocándolo en la proximidad del Ejecutivo, postura de la UCD, y otra la de un Ministerio Fiscal cercano al Poder Judicial e independiente como éste, postura de la Minoría Catalana, PSOE y PCE¹⁷. Lo más paradójico de la redacción del Anteproyecto resultó que la función principal y característica del Ministerio Fiscal de ejercer la acusación pública, no apareciese recogida de forma expresa en la CE, tal como hace, por ejemplo, la Constitución Italiana (“El Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal” art. 112 Constitución italiana de 1947 -en adelante, CI 1947-). En el caso español, haber dejado en segundo plano esta función principal, que solo se puede deducir tácitamente de la tradición histórica de la institución, es probablemente debida a que se pretendió subrayar la función instrumental del Ministerio Fiscal como defensor de los derechos y libertades democráticas, tras un régimen autoritario.

¹⁶ Desde el punto de vista constitucional, afirma MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, pp. 173-211, el Ministerio Fiscal italiano forma parte del Poder Judicial y goza de una total independencia como tal, si bien el autor citado alude a inconvenientes derivados de esa circunstancia, así como a la evolución normativa y jurisprudencial sobre la interpretación de la independencia consagrada en la CI 1947. En igual sentido, LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, Tecnos, Madrid 1996, p. 186. Expresión del autoritarismo anterior a la II Guerra Mundial en Italia, recuerda MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, *op.cit.*, p. 62, era la obligación de los fiscales de ejercer sus funciones “bajo la dirección” del Ministro de Justicia, establecida por un Regio Decreto de 30 de enero de 1941, dependencia que tras la CI 1947, quedó desvanecida.

¹⁷ En la documentación obrante en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2/1984, y en concreto, en la minuta de la sesión de la ponencia de constitución en su reunión del día 2 de noviembre de 1977, recogida en su punto noveno, se expresa la reserva de los Grupos socialista y comunista en cuanto a la caracterización del Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, (p.307). Finalmente, en el art. 110.2 del texto de la ponencia constitucional se recogió dicha característica, si bien, posteriormente se expresaría con el término “órgano de relación” en el Borrador del Proyecto de Constitución (p. 413).

En el trámite parlamentario del Debate en Comisión y su Dictamen, se produjo únicamente una modificación: la expresión “en defensa... de los intereses públicos tutelados por la ley” se sustituyó por la que actualmente recoge la CE, en singular.

En el posterior debate en el Senado, no se produjo ninguna modificación de importancia, llegando el texto al debate de la Comisión Mixta en la que se añadió al texto la expresión “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”, con el objetivo de salvaguardar las competencias de la Abogacía del Estado y del Defensor del Pueblo.

1.2. Perspectiva constitucional del Ministerio Fiscal.

Finalmente, la CE reguló en el seno del Título VI, dedicado al Poder Judicial, el Ministerio Fiscal en tres artículos: 124, 126 y 127. El art. 124 CE recoge las características más relevantes de este órgano constitucional, estableciendo cuáles son sus misiones, entre las que destaca la promoción de la acción de la justicia, así como su organización y los principios en que se inspira su actuación, en cierto modo, de difícil compaginación; unidad de actuación y jerarquía, por un lado, y legalidad e imparcialidad, por otro.

El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 (en lo sucesivo, EOMF), reproduce en su artículo primero el contenido del art. 124 CE, pero en su segundo párrafo proporciona, sin embargo, una nueva definición del Ministerio Fiscal al denominarlo “órgano de relevancia constitucional”, integrándolo asimismo en el ámbito del Poder Judicial, cuestión problemática a la que más tarde se hará referencia, remarcando, finalmente, la exclusividad de la denominación de Ministerio Fiscal.¹⁸

1.2.1.- Ámbitos de actuaciones o misiones del Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE).

En el art. 124.1 CE se consignan las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal: “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.”

La redacción del artículo precedente ha sido muy criticada por la doctrina por su falta de claridad y precisión¹⁹. Dicha carencia impide que se clarifique la naturaleza jurídica de la

¹⁸ Art. 2 EOMF “1. El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 2. Corresponde al Ministerio Fiscal esta denominación con carácter exclusivo”.

¹⁹ Al respecto se manifiesta BASTERRECHE BENGUA, TOMÁS, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España*, Aranzadi Thomson Reuters 2010, p. 21, al considerar que hay que tener en cuenta que la mención al Ministerio Fiscal en el derecho comparado no es tan habitual, por ejemplo, la Constitución holandesa, la Ley Fundamental de Bonn, o la Constitución de la V República francesa no lo mencionan de forma expresa. También MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, op.cit.*, p. 106, refiriéndose a las discusiones parlamentarias del constituyente sobre este artículo alude a la alocución de un ponente de la comisión constitucional, Cisneros Laborda, señalando que las dificultades teóricas sobre el Ministerio Fiscal “reflejan con claridad que la confusión conceptual y la falta de diseño estructural del instituto habrían de desembocar, necesariamente, en un precepto adjetivable de conglomerado yuxtapuesto de cometidos en ocasiones tautológicos”.

institución y hacerse una idea precisa de las tareas encomendadas al Ministerio Fiscal, cada vez mayores ²⁰, y muchas de ellas de dudosa necesidad. ²¹

Se puede sostener que la actividad del Ministerio Fiscal tiene una naturaleza, tanto jurídica, como política, pudiendo distinguirse entre misiones, funciones y competencias, según se refieran al elemento finalista, las manifestaciones del ejercicio de su capacidad jurídica o las atribuciones reconocidas al órgano que le habilitan para ejercer la funciones que tiene asignadas, respectivamente.²² Según el art. 124.1 CE, la misión del Ministerio Fiscal es la promoción de la Justicia en defensa de la legalidad, con dos fines: la defensa del interés público tutelado por la ley y la defensa del interés social ante los tribunales. A esta misión se añaden dos funciones genéricas: la defensa de los derechos de los ciudadanos y la salvaguarda de la independencia de los tribunales, que, finalmente, deben ser complementadas con las funciones específicas que menciona el art. 3 EOMF, y las competencias para su ejercicio, (arts. 4 y 5 EOMF). La defensa de los derechos de los ciudadanos y la salvaguarda de la independencia de los Tribunales, pertenecen, sin embargo, a otra categoría distinta, pues pueden entenderse como manifestaciones particulares de la promoción de la justicia.

1.2.1.1. La promoción de la acción de la justicia y la defensa de la legalidad.

Según el art. 124.1 CE, la misión del Ministerio Fiscal es la promoción de la Justicia en defensa de la legalidad, en su acepción de conjunto de valores que la inspiran y que se encuentran materializados en el ordenamiento jurídico y la CE, -y que, en puridad, comprenderían todas las áreas de sus funciones- centrándose en dos fines: la defensa del interés público tutelado por la ley, y la defensa del interés social ante los tribunales, su ámbito natural de actuación. Esta misión la efectúa el Ministerio Fiscal a través del proceso en Juzgados y Tribunales²³.

La defensa de la legalidad ha sido una constante histórica del Ministerio Fiscal, pero la legalidad defendida por el fiscal en el moderno constitucionalismo tiene, además de su vertiente estática, la cualidad de instrumento puesto a disposición de los poderes públicos para el cumplimiento de los valores superiores del sistema político. Muy lejos, por tanto, de la mera

²⁰ Además de su intervención característica en la jurisdicción penal, interviene en la civil – procesos de incapacidad, de nulidad matrimonial, separación y divorcio, filiación-, en la jurisdicción contencioso-administrativa –cuestiones de falta de competencia o jurisdicción, recursos en interés de la ley, y quebrantamiento de los derechos fundamentales-, en el orden social -impugnación de convenios colectivos, de Estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, en aquellos donde se invoca el quebrantamiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas o un trato discriminatorio o quebrantamiento de la libertad sindical, así como en los recursos de casación y de unificación de doctrina-, intervención ante el Tribunal Constitucional en cuestiones de inconstitucionalidad, estando legitimado para interponer recurso de amparo, intervención ante el Tribunal de Cuentas, donde ejerce su función fiscalizadora o intervención como demandante en los procedimientos por responsabilidad contable, e intervención en la Jurisdicción de menores como instructor de sus procedimientos.

²¹ En este sentido se manifiesta AULET BARROS, JOSE LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España*, Cedecs, Barcelona 1998, p. 647.

²² Según la clasificación que sugiere GRANADOS CALERO, FRANCISCO, *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro*, Tecnos, Madrid 1989, p. 138.

²³ Ésta ha sido su característica predominante a través de la historia, habiéndose denominado en el derecho histórico español al funcionario de la institución “promotor fiscal”. La división de poderes exige que el órgano que ejerce la acción y la jurisdicción estén separados; se trata así de evitar concentración de poderes entre las funciones de acusación y de jurisdicción.

vigilancia del cumplimiento de los tribunales y juzgados de las leyes de organización y funcionamiento del Reglamento Provisional de Justicia de 1835.

La justicia es junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE) que el art. 124 CE encomienda promover al Ministerio Fiscal como la primera de sus misiones, entendida ésta como elemento finalista y tendencial²⁴. El verbo “promover” alude a la posición activa, dinámica y emprendedora con que el fiscal debe acometer dicha misión. La forma de materializar esta defensa no es abstracta, sino individual y concreta, tras haberse producido una transgresión legal. Tan solo cabe hablar, a este respecto, de su facultad para requerir al órgano jurisdiccional que promueva, en una causa concreta en que dependa su fallo de una ley supuestamente inconstitucional, dicha cuestión de constitucionalidad (arts. 35.2 y 37.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante, LOTC). Algunos autores han criticado que el Ministerio Fiscal no esté legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad siendo una de sus misiones, defender la legalidad²⁵. Sin embargo, si se observa cuáles son los órganos con esa potestad, se percibe que todos ellos tienen algún grado de representación política (art. 162.1 a) CE) de la que carece el Ministerio Fiscal.

La expresión, contenida en el artículo, “sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos” ha sido interpretada por la doctrina²⁶ como alusiva al Defensor del Pueblo, cuya acción se limita tan solo a la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y cuya actividad puede considerarse mucho menos intensa que la que desarrolla el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad. Las relaciones entre ambas instituciones no se encuentran debidamente fijadas; el EOMF ni las menciona y LODP tan solo lo hace en dos artículos y de forma tangencial, al referirse a quejas sobre la Administración de Justicia recibidas por el Defensor del Pueblo. También ha sido interpretada en referencia a la Abogacía del Estado, pero ésta defiende los intereses de la Administración Pública, ajenos al Ministerio Fiscal²⁷.

²⁴ La obviedad de esta instrumentalización, que parte de la propia naturaleza de promotor de la acción de la Justicia del Ministerio Fiscal es puesta de manifiesto por GRANADOS CALERO, FRANCISCO, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit. pp. 137-140.

²⁵ Entiende que existe una contradicción entre la función del Ministerio Fiscal y su incapacidad para interponer recurso de inconstitucionalidad, FLORES PRADA, IGNACIO, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 383.

²⁶ La presencia del Abogado del Estado en concurrencia con el Ministerio Fiscal es tratada por ALZAGA VILLAMIL, ÓSCAR, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Marcial Pons, Madrid 2016, pp. 565-568, que considera que, en el ámbito contencioso-administrativo, propio de la Abogacía del Estado, este órgano actúa como parte, por lo que la labor del Ministerio Fiscal, en dichos casos, es la de velar por el interés superior de la legalidad, en tanto el primero se centra en la defensa de la legalidad del acto administrativo.

²⁷ Las competencias del abogado del Estado vienen recogidas en el art. 55.1 LOPJ: “La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. (...)”, expresándose en los mismos términos el art.1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas. El Abogado del Estado defiende, pues, los intereses gubernamentales, pero considerando que la Administración se encuentra sujeta a la ley (art. 103.1 CE). Se pregunta TABOADA GARCÍA, ALBA, “Posibles solapamientos entre el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado” AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 31-45, si dicha finalidad no es también la encomendada al Ministerio Fiscal, cuestión a la que hay que contestar negativamente, puesto que la actuación de este órgano debe encontrarse guiada por la imparcialidad, en tanto que aquél debe defender la legalidad de la actuación de la Administración. El Ministerio Fiscal, como

En el sistema constitucional español el Ministerio Fiscal no está legitimado para la interposición del recurso de inconstitucionalidad según se desprende del art. 162.1.b), y en la LOTC (art.461.a y b) al regular la intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad.

1.2.1.2. La defensa de los derechos de los ciudadanos.

El art. 10.1 CE atribuye el carácter de fundamento del orden político y de la paz social a “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”, ostentando el Ministerio Fiscal un papel muy importante como mecanismo de defensa de dichos derechos. Algún autor ha identificado esta función que la CE atribuye al Ministerio Fiscal español, como una característica peculiar de éste en el Derecho comparado.²⁸

El art. 124 CE usa el término “ciudadano” por lo que cabe inferir que los extranjeros son también sujetos de dicha protección, aunque su régimen de derechos, por razón de la nacionalidad, no sea igual al de los nacionales²⁹. Los derechos de los ciudadanos van más allá de los fundamentales (arts. 13-30 CE), comprendiendo otros derechos subjetivos no disponibles cuya defensa concierne al interés público: cabe distinguir entre los derechos procesales, y otros de carácter material, pero que, en razón de su objeto, se consideran de interés público. Aunque la defensa de estos derechos tiene una especial incidencia en el proceso penal, la previsión del art. 24.2 CE rige, sin embargo, para cualquier jurisdicción. Si el fiscal comprueba la vulneración de algún derecho fundamental en el curso de un proceso judicial debe intervenir solicitando la nulidad de lo actuado, o interponiendo, en su caso, recurso de amparo.

Según el art. 47.2 LOTC; “El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley tomará parte en todos los procesos de ese tipo”. El amparo, de conformidad con el art. 116.1 b) CE, puede interponerse por violación de los derechos y libertades de los arts. 14 al 30 CE. Además de estar legitimado para interponer el recurso de amparo, según el art. 47.2 de la LOTC, “El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley”, y tomará parte en todos los procesos de ese tipo.

vigilante de los derechos de los ciudadanos (arts. 9.2 y 53.1 CE), puede, como efectivamente ocurre con frecuencia, oponerse a la Administración por haber ésta vulnerado aquellos.

²⁸ La falta del monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal español, manifiesta el Fiscal de Sala HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO “Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales en materia sancionadora”, ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2006, pp. 57-58, no es su única característica peculiar. También lo es que su actuación no se limita al área penal del ordenamiento jurídico, puesto que tiene una importante participación en la defensa de los derechos fundamentales, tanto en el orden constitucional, como legitimado en el recurso de amparo (art. 162.1 b CE), como en el legal, donde también aparece como tal para intervenir en los procesos judiciales previstos específicamente para la protección de los derechos fundamentales.

²⁹ La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LO 4/2000), en su art. 3.1, expone cuáles son los derechos de los extranjeros: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Igualmente, el Ministerio Fiscal, según el art. 3.3 EOMF, deberá “velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales³⁰ y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa”, lo que le otorga acción en el proceso de protección de los derechos fundamentales (Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona), no teniendo, sin embargo, legitimación activa para interponer recurso en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, (arts. 114-122 de la Ley 29/1998 de 13 de junio, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). No obstante, la participación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, con carácter preponderante, ha dificultado que estas labores se desarrollen más cumplidamente.³¹

1.2.1.3. La defensa del interés público tutelado por la ley y la satisfacción del interés social.

La defensa del interés público ha sido históricamente la razón de actuar del Ministerio Fiscal y también la de su origen desde que el Estado asumió el monopolio en la resolución de conflictos jurídicos, si bien su creación no resultaba obligada pues la acción popular³² u órganos burocráticos habrían podido llevar a cabo ese cometido.

Aunque ambos términos puedan parecer sinónimos y, en cualquier caso, sus titulares son los ciudadanos, la doctrina ha identificado, al menos hasta cierto punto, el primero como el interés general que la Administración ha de procurar, (art. 103 CE), y cuya definición

³⁰ El fiscal del Tribunal Superior de Cataluña ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO “El ámbito propio del proceso de protección de los derechos fundamentales”, ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 20-57, estudia el proceso de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales, y el procedimiento especial para esa protección en el ámbito contencioso-administrativo.

³¹ En relación con el respeto a las instituciones constitucionales FLORES PRADA, IGNACIO, *El Ministerio Fiscal en España*, op.cit., p. 460, alude a los Delitos contra la Constitución, contenidos en el Título XXI CP, que, cuando exista una infracción penal de este tipo, obligan al Ministerio Fiscal a actuar procesalmente para su persecución. La obligación del Ministerio Fiscal de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas, sostiene el autor, es una tarea sustancial del Ministerio Fiscal en una democracia, bien de forma genérica, bien por medio de procedimientos específicos en las distintas jurisdicciones para defensa de los derechos de los ciudadanos. El primero de estos procesos de protección de los derechos fundamentales fue el contemplado en la Ley 62/1978, y ubicado en la jurisdicción contencioso-administrativa, señala BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *Manual de Derecho Constitucional, tomo II*, Tecnos, Madrid 2020, pp. 432-437, ampliándose posteriormente, a la jurisdicción social, vía el proceso sumario de derechos sindicales (arts. 175-182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), a la jurisdicción civil (Ley 1/2000 LEC), y a la penal (Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado).

³² La jurisprudencia del TS, expone TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 267-268, ha identificado el fundamento de la acción popular en “la participación ciudadana en la administración de justicia (...) una manifestación del principio democrático y debe ser entendida como un medio funcional para garantizar la participación de los ciudadanos en el proceso penal” (STS de 17 de diciembre 2007, caso *Botín*). El autor añade a este fundamento, que no niega, el fundamental -en el contexto español de corrupción política y de mediatización del Ministerio Fiscal por el Gobierno- papel que tiene la institución como contrapeso al poder del Ejecutivo y su posible injerencia en el Ministerio Fiscal, como ha demostrado la experiencia, o como corrección del poder de éste de ejercitar la oportunidad cuando quizá no debiera hacerlo. En una eventual dirección del Ministerio Fiscal de la investigación oficial, coincidimos con el autor, la acusación popular resultaría aun más necesaria.

corresponde al Gobierno, (art. 97 CE)³³, mientras que el segundo (el interés social), alude a “los principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III, Título I de la CE)³⁴. No obstante, no resulta sencillo perfilar más dicha distinción, pues el concepto de interés público es abstracto y variable, y precisa de su concreción por el poder político, para transmutarse, después, en criterios de actuación que, vía el Fiscal General del Estado (en adelante, FG), llegan hasta los funcionarios de la institución en el ejercicio de sus funciones en modo de órdenes o instrucciones, (art. 25 EOMD)³⁵. Su materialización corresponde al Ministerio Fiscal en su práctica diaria, de modo particular cuando actúa sobre asuntos en los que subyace el interés social, en el contexto de la función transformadora de la sociedad (art. 9.2 CE), donde debe mantener una posición proactiva para el cumplimiento de dicho fin.

Respecto a la promoción del interés social ante los tribunales, hay que reconocer que el término no ha podido ser desligado de otros similares que aparecen en el texto constitucional, como “interés público” o “interés del Estado o de España”. *Prima facie* parece que se refiere a un valor supraindividual y compartido por la colectividad. La elección del verbo “procurar” denota un valor tendencial, flexible, y el Ministerio Fiscal adoptaría así un papel de bisagra entre los objetivos de la comunidad política y las decisiones adoptadas por el Poder Judicial.

1.2.1.4. Misión de velar por la independencia de los tribunales.

Desde la perspectiva histórica de la institución, la función conceptualmente más próxima a ésta fue la vigilancia por el Ministerio Fiscal de las normas organizativas y de funcionamiento de los Tribunales y de sus normas de competencia.³⁶

Esta función también parece tener un carácter más general y abstracto que lo que da a entender la literalidad del precepto. La importancia capital que tiene la independencia del Poder Judicial, como pilar básico del Estado de Derecho, conlleva que esta función del Ministerio Fiscal sea particularmente polémica. Dicha misión no atañe a una perspectiva tan solo procesal sino, dada la ubicación sistemática del Título del Poder Judicial, obliga al Ministerio Fiscal a velar por dicha independencia con un carácter más amplio.

El verbo elegido por la CE, “velar”, significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁷ (en adelante RAE), en las acepciones aplicables a la misión del Ministerio Fiscal, “observar atentamente algo” o “cuidar solícitamente de algo”. Se trata de una

³³ Sobre la identificación y naturaleza del interés público que debe defender el Ministerio Fiscal, GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 65 y 68, considera que éste tiene una clara relación con la dirección y actuación políticas, y de ahí su aplicación en los supuestos de oportunidad reglada.

³⁴ Estos principios de la política social y económica comprenden los siguientes ámbitos: protección a la familia y la infancia, redistribución de la riqueza y pleno empleo, condiciones laborales, seguridad social, emigrantes, fomento de la salud y del deporte, acceso a la cultura, medio ambiente, calidad de vida, conservación del patrimonio artístico, derecho a la vivienda, participación de la juventud, integración de disminuidos físicos, tercera edad, defensa de los consumidores y organizaciones profesionales.

³⁵ Es el caso de la circular 1/1989 sobre el procedimiento abreviado, donde se insta a los fiscales a simplificar el procedimiento valiéndose de los propios instrumentos que contiene la regulación del entonces nuevo procedimiento abreviado.

³⁶ Arts. 763 y 838.1 y 3 LOPJ 1870 y arts. 1.2.1 y 2 del EOMF 1926, estableciendo el art. 2.2 de este último, el encargo al Ministerio Fiscal de defender a los Tribunales de toda invasión.

³⁷ AAVV, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid 2021.

tarea que los miembros del Ministerio Fiscal realizan cuando trabajan en los juzgados y Tribunales y en las vistas orales. La inspección y control interno, sin embargo, es algo que compete al CGPJ, a quien corresponde la “superior inspección y vigilancia sobre todos los Juzgados y Tribunales para la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia” (art. 171 LOPJ).

Aunque el Ministerio Fiscal es, según el art. 124.1 CE, un órgano encargado de la misión de velar por la independencia de los tribunales, no puede entenderse que dicha función le convierta en el órgano encargado constitucionalmente de la independencia del Poder Judicial, pues la propia constitución prevé otros mecanismos para ello (inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley) y es el CGPJ, su órgano de gobierno, al que compete velar por la misma. Los arts. 3.2 y 3.8 EOMF aportan alguna luz sobre la forma en que el Ministerio Fiscal puede actuar para garantizar la independencia de jueces y tribunales, aunque dichos preceptos más bien se refieren a la integridad de la jurisdicción y la competencia que a la forma de articular concretamente aquella defensa. Para ello, el art. 14.2 LOPJ alude a la forma de proceder del fiscal en caso de peligro de la independencia judicial: “El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial”. Tratándose de un hecho delictivo deberá ejercitar la acción penal. Además, en materia de responsabilidad del Estado, el Ministerio Fiscal será siempre parte (arts. 293.1c) y 296 LOPJ).

También participará en los procedimientos seguidos contra jueces y magistrados por faltas disciplinarias, estando incluso legitimado para instarlo, (art. 423.1 LOPJ), despachando distintos informes durante la tramitación del mismo o recurriéndolo, (art. 425.8 LOPJ). Otro tanto ocurrirá en el supuesto de expedientes seguidos por pérdida de la condición de Juez o Magistrado (art. 379.2 LOPJ)³⁸.

1.2.2. Principios de actuación del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE).

El art. 124.2 CE señala los siguientes principios de actuación del Ministerio Fiscal: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”. Estas normas de conducta tienen necesariamente que ser puestas en conexión con las funciones que tiene asignadas el Ministerio Fiscal.

Los principios de legalidad e imparcialidad, conceptuados como principios funcionales, operan con el propósito axiológico de señalar la forma de actuar o indicar qué valores tiene que seguir el Ministerio Fiscal. Este órgano se sirve para el cumplimiento de sus funciones, de órganos propios que actúan con unidad y dependencia jerárquica. Son principios que operan, como señala el artículo, “en todo caso”, no son instrumentales, como los denominados orgánicos, y gozan de preeminencia sobre éstos.

1.2.2.1. Principio de legalidad.

El concepto actual de principio de legalidad parte del positivismo legalista, deudor del idealismo ilustrado sobre la ley que consideraba ésta como la plasmación de la voluntad

³⁸ FLORES PRADA, IGANCIO, *El Ministerio Fiscal en España, op.cit.*, p. 453.

popular. En el modelo político surgido de la Revolución Francesa, el Parlamento o Asamblea era el órgano preeminente, titular único de la soberanía nacional, que elaboraba las leyes como expresión de la voluntad popular. La ley resultaba absolutamente preponderante y base de un sistema jurídico ordenancista y minucioso que pretendía no dejar margen a los agentes que la aplicaban: el Gobierno y la Magistratura. Por consiguiente, la jurisprudencia era aborrecida por el Idealismo Ilustrado, por cuanto tenía de creación de Derecho al margen de la ley.

Sin embargo, la formulación de la ley necesariamente es abstracta y precisa de una labor interpretativa intelectual de integración para su aplicación práctica³⁹. Dentro de la legalidad existe, pues, un amplio abanico de posiciones diversas, debiendo ser el criterio imparcial quien haga el acomodo más ajustado a Derecho en cada caso.

Como consecuencia lógica del modelo revolucionario, se concibió al Ministerio Fiscal como un mero ejecutor de la ley, como un agente favorecedor del ejercicio de la jurisdicción. Dicha concepción ha perdurado, a pesar de casar mal con la idea contemporánea de proceso. De hecho, el trabajo cotidiano de los fiscales sigue marcado, en la actualidad, por dicho sesgo de automatismo, siendo más sencillo proseguir el procedimiento, aun con pruebas endebles, que solicitar su sobreseimiento en la instrucción o retirar la acusación en el acto de juicio oral.⁴⁰

Esta concepción, tendente a favorecer la labor judicial no parece, sin embargo, acorde con el moderno Derecho Procesal. La labor del Ministerio Fiscal debería centrarse más en encauzar el *ius puniendi* del Estado de la forma menos lesiva para los derechos fundamentales del inculcado. Así, si el fiscal, tras ponderar las pruebas con que cuenta, considera que no son de suficiente entidad para formular acusación, debería pedir el sobreseimiento y archivo, porque también al fiscal obliga el derecho a la presunción de inocencia.

El principio de legalidad viene recogido en el art. 6 EOMF: “1. Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.” Este artículo viene a subrayar, para el Ministerio Fiscal, la sujeción general que todos los ciudadanos y poderes públicos tienen a la Constitución y resto del ordenamiento jurídico que proclama el art. 9.1 CE.

Conviene precisar a qué alude el principio de legalidad en los términos del artículo transcrito en el EOMF, toda vez que “ordenamiento jurídico”, “Derecho”, o “legalidad” son usados frecuentemente con un significado similar. La referencia normativa adecuada, para

³⁹ La idea de la supremacía y autosuficiencia de la ley es criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lengua de los derechos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, p. 145, al señalar: “(...) renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la práctica aplicativa de la Ley, aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho”.

⁴⁰ Si el fiscal frena el curso natural del proceso, archivándolo o retirando la acusación, estaría contra natura obstaculizando la jurisdicción. En este sentido sostenía ALCALÁ-ZAMORA DEL CASTILLO, NICETO, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso 1945-1972*, UNAM, México 1974, Tomo I, p. 309 que, así como en caso de duda razonable el juez debería absolver al reo (*in dubio pro reo*), el fiscal debería acusarlo (*in dubio pro societate*), para no obstaculizar el funcionamiento de la jurisdicción. Esta misma idea la han sostenido autores como CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *El Ministerio Fiscal*, op.cit.1, pp. 48-49, 127-128 y ha sido doctrina de la Fiscalía del TS. No siempre le es lícito al fiscal abstenerse de acusar ya que impediría la actuación del órgano jurisdiccional, que, quizá, no tuviese las dudas que a él se le plantean.

centrar los términos, la ofrece el art. 27 LOTC cuando cataloga las normas que conforman la legalidad.⁴¹

El concepto de ordenamiento jurídico, mucho más amplio, comprende otros elementos (analogía, costumbre, principios generales del Derecho y normas con rango no de ley), que no quedan incluidos dentro de la tutela del Ministerio Fiscal, que se centra en la legalidad parlamentaria.⁴²

Tampoco la defensa de la legalidad atribuida al Ministerio Fiscal abarca la posibilidad de impugnación de la legislación vigente por vía de recurso o cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (arts. 163 CE y 35 LOTC), aunque pueden instar a los jueces y Tribunales a que ellos la planteen, así como otras funciones en este aspecto que le permiten plantear su posicionamiento al respecto⁴³.

Como consecuencia del principio de legalidad, como se ha indicado, el Ministerio Fiscal debe ejercitar “en su caso, las acciones procedentes”⁴⁴ u oponerse “a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.” En el Derecho comparado existen múltiples mecanismos durante la investigación para archivar un expediente por razones de oportunidad penal, o instituciones procesales que permiten negociar a las partes y conformar una calificación jurídica que se someterá al juez⁴⁵.

La discrecionalidad u oportunidad no tiene que ser contraria al principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁶ y, de hecho, dicho principio ha sido plenamente

⁴¹ La LOTC establece al respecto que “son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas. b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del artículo ochenta y dos de la Constitución. c) Los Tratados Internacionales. d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formula en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa. f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas”.

⁴² Tanto la Constitución de la II República de 1931, en su art.104, para la que el Ministerio Fiscal era el defensor del “*exacto cumplimiento de las leyes*”, como el actual art. 124 CE, cuando declara que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

⁴³ La Circular 3/1980 de 23 de junio, de la FGE exhorta a los fiscales “a instar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que consideren pertinentes”, así como informar sobre la constitucionalidad o no de la ley con carácter preceptivo por el Tribunal antes de que éste plantee la cuestión de inconstitucionalidad, y ello debido a que una vez el recurso entre en el TC, el FG se personará en el procedimiento para dictaminar sobre la constitucionalidad o no de la ley.

⁴⁴ Para determinar la procedencia, tendrá que tenerse en cuenta, como apunta SAINZ MORENO, FERNANDO, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 108/1985, la realidad social, ya que el Ministerio Fiscal debe perseguir el delito, pero sin prescindir de los elementos valorativos que le suministra la sociedad en que vive.

⁴⁵ Un ejemplo prototípico de la plena asunción de la discrecionalidad lo estudia DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Sociales, México 2018, pp. 50 -55, en el caso de los Estados Unidos, donde el monopolio de la acción penal corresponde al Estado, pero este se ejercita de forma discrecional conforme a una práctica consuetudinaria amparada por la jurisprudencia del país.

⁴⁶ Este aforismo latino es delimitado en el art. 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, (en adelante, CEDH), de la siguiente manera: “1.- Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”. El precedente histórico más inmediato de la irretroactividad, desde el punto de vista penal, se encuentra en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estableció en su art.8 que “nadie puede ser castigado más que a virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente”, recogiéndose dicho enunciado en

acogido en el ordenamiento español, al positivizarse, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴⁷, (en adelante, LORPM), permitiendo al Ministerio Fiscal desistir de la incoación del expediente por corrección o sobreseer el expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (arts. 18 y 19 LORPM), sin que suponga, en modo alguno, la derogación del principio de legalidad.⁴⁸ La discrecionalidad, más bien, chocaría con el principio de exhaustividad penal, que no tiene naturaleza constitucional sino legal (art. 100 LECr, “De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable...”) y que obliga a jueces, fiscales y policías a actuar en contra de hechos sospechosos de criminalidad.⁴⁹

El Ministerio Fiscal encontraría su habilitación para ejercitar el principio de oportunidad en el art. 124 CE que, además de su función en defensa de la legalidad, incluye la satisfacción de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley. De esta forma, derechos tales como el de reinserción social, que los procesos no sufran dilaciones indebidas, o el resarcimiento económico eficaz, tendrían posibilidad de materializarse. No hay que olvidar, por otra parte, que el principio de legalidad debe ser interpretado en el estado de Derecho más como un límite del *ius puniendi* del Estado, que como el deber de ejercitarlo, posibilitando así la aplicación del principio de oportunidad.

La vocación de eficacia que impulsa la actividad de la Administración, contemplada en el art. 103.1 CE sería otro argumento de peso. La propia expresión “Administración de Justicia” nos sugiere la idea de aplicar o disponer de algo limitado de forma adecuada.

el art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el art. 7.1 CEDH, y en el 15.1 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, por citar los instrumentos internacionales más relevantes. En nuestro ordenamiento interno el principio viene consagrado en el art. 9.3 de la CE, que lo recoge con carácter general, no solo penal, disponiendo “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Un estudio pormenorizado de la irretroactividad, aunque desde una perspectiva civil, VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid 2006, en donde expone desde sus precedentes ideológicos más remotos, la jurisprudencia del TS y del TC, plasmación legal, teorías, clases, etc. El profesor de la universidad de Nápoles FIORE, PASCUALE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes, estudio crítico y de legislación comparada*, Reus, Madrid 2009, pp. 357-388, ahonda en diversa problemática de la irretroactividad penal y su contrapartida, la retroactividad favorable, incidiendo en el problema de la determinación de la qué ha de considerarse por más desfavorable o beneficioso, así como varias hipótesis sobre supuestos más o menos casuísticos que va desgranando en sus interesantes páginas, fundándose en última instancia, según sostiene, en razones de justicia. Precisamente, en materia de irretroactividad penal ha habido un importante cambio en la jurisprudencia del TEDH, que analiza ZAMBRANO PAQUEL, ALFONSO, *Derecho Penal, parte general, Tomo I*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito 2019, pp. 48-55, estudiando la STEDH de 21 de octubre 2013, Caso Del Río Prada vs España, procedimiento, 42750/09, y otras del mismo tenor.

⁴⁷ Dicho principio se encuentra expresamente previsto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en su art. 90: “1. El Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley. 2. La apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al Ministerio Fiscal. El control judicial de los elementos reglados, que permiten el ejercicio de esta facultad discrecional, se realizará en los términos y en la forma previstos en esta ley.”

⁴⁸ En este sentido, sin embargo, sostiene PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Derecho Procesal Penal, tomo I*, Colex, Madrid 2000, p.175, “solo el órgano judicial, motivadamente, a través del oportuno proceso, y convencido más allá de toda duda razonable, es el competente para declarar la existencia del delito y la participación culpable del acusado, así como para imponerle la pena prevista en la ley material o, en su caso, para declarar la concurrencia de las circunstancias despenalizadoras de la norma penal sustantiva”.

⁴⁹ La obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal queda establecida, afirma GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 50, en el art. 105 LECr que ordena que los fiscales procedan así cuando lo consideren precedente.

El EOMF menciona, asimismo, el criterio de la eficacia en varios artículos, así como lo hacen otros de la LECr, en relación con el Ministerio Fiscal⁵⁰. Los principios de unidad de actuación y la dependencia jerárquica persiguen igualmente la eficacia, y se conciben con ese propósito, así como coadyuvan al éxito de la política criminal del Gobierno. Teniendo en cuenta el criterio de eficacia, los órganos de la Administración pueden centrar sus esfuerzos en la investigación y persecución de los delitos que consideran más atentatorios contra la paz social y la seguridad ciudadana.

Contemplado desde la perspectiva de la eficacia, el proceso penal español presenta una característica cual es, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, la de abarcar desde la *notitia criminis* hasta el archivo de la ejecutoria. No existen diligencias preliminares administrativas que filtren un sinfín de asuntos que terminan en el juzgado y que suponen un enorme dispendio de tiempo y recursos, sobrecargando a los jueces y funcionarios con diligencias previas que terminan definitivamente archivadas, sustrayendo ese tiempo y recursos a la tramitación de delitos de verdadera entidad.

1.2.2.2. Principio de imparcialidad.

El art. 7 EOMF consagra el principio de imparcialidad como criterio fundamental de actuación del Ministerio Fiscal: “Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.”

Según el diccionario de la RAE imparcialidad es “la falta de designio o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”⁵¹. En rigor, la imparcialidad es una institución jurídico-procesal concerniente al juez⁵², pues el resto de los intervinientes son parciales, señaladamente el fiscal. Términos más oportunos hubiesen resultado “objetividad” o “neutralidad”.

Conceptualmente, el principio de objetividad está próximo al de imparcialidad, siendo aquella una característica propia de la actuación de la Administración Pública, que sanciona el art. 103.1 CE. Objetividad e imparcialidad implican, en la esfera subjetiva, que el funcionario debe actuar desapasionadamente, sin favoritismos, perjuicios personales o parcialidad, o en su interés propio, aplicando la legislación oportuna al caso de forma objetiva.⁵³

⁵⁰ Entre otros preceptos de la LECr, hacen alusión al criterio de la eficacia: la función de inspección de los sumarios (306 LECr), impulso procesal y simplificación de los procedimientos (781 LECr), favorecimiento de los juicios rápidos (790.1 LECr) o permiso para inasistencia a los juicios por delito leve que requieren la previa denuncia del ofendido (969.2 LECr).

⁵¹ AAVV, *Diccionario de la lengua española*, *op.cit.*

⁵² El art. 117 CE, al referirse a la función jurisdiccional no menciona el principio de imparcialidad, como si se hace para otros empleados públicos (art. 104 CE) o respecto al Ministerio Fiscal, (art. 124 CE). Normalmente, se entiende que el principio de independencia comprende la imparcialidad.

⁵³ La STC 133/2014, de 22 de junio, (ECLI:ES:TC:2014:133), distingue así “A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, BOE núm.111, de 10 de mayo de 2011, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3, BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008, ; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007).” La interpretación del Derecho que deben realizar los fiscales, recuerda DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal como director de la investigación y como parte acusadora del proceso penal”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, *op.cit.*, p. 160, ha de ser razonable, según señala en base a jurisprudencia constitucional de la que cita la STC

Una de las cuestiones más controvertidas, y tocante a la naturaleza jurídica del Fiscal, es la relación entre la independencia de los Jueces y Tribunales - que se declara en el art. 117 CE-, y la imparcialidad del Ministerio Fiscal, recogida en el art. 124 CE, así como dos atributos *prima facie* antagónicos: la naturaleza procesal de parte que éste tiene, y su imparcialidad⁵⁴. El Ministerio Fiscal, una de cuyas características fundamentales es la dependencia jerárquica, resulta, por ello, incompatible con la independencia, que ni de la interpretación más racional de la CE y del EOMF, ni en términos de practicidad y eficiencia, puede sostenerse⁵⁵. La falta de dependencia respecto al Poder Ejecutivo, a quien compete el diseño y aplicación de la política criminal, que ostenta legitimidad democrática y responsabilidad política, podría convertir al Ministerio Fiscal en un poder incontrolado y que rompería el equilibrio institucional que configuró la CE.

Por otra parte, su falta de independencia no puede tampoco significar sumisión al Poder Ejecutivo. El Ministerio Fiscal defiende el interés público a través del proceso y ejecuta la política criminal que diseña el Gobierno; si fuera independiente del Ejecutivo de forma radical, no se podría cumplir este cometido.

Además de a la ley (arts. 9.1 CE y 6 EOMF) el fiscal, en virtud del principio de dependencia jerárquica, está sometido a la autoridad del FG, pero ésta debe moverse tan sólo en el ámbito mínimo necesario para materializar la unidad de acción que, a su vez, sirve de instrumento a la aplicación igualitaria de la ley. Para llevar a cabo sus funciones, los miembros del Ministerio Fiscal necesitan un margen de libertad de actuación y autonomía personal, y falta de injerencia externa e interna institucional.⁵⁶

1.2.2.3. Principio de unidad de actuación.

El Ministerio Fiscal, a pesar de estar compuesto por un colectivo de funcionarios que ostentan dicho cargo, actúa como un único cuerpo⁵⁷, y, en consecuencia, entiende de forma

283/2006, de 9 de octubre, o la STC 283/2006, de 9 de octubre: las pautas valorativas de las que se valga en la aplicación del Derecho el Ministerio Fiscal han de ser razonables, lógicas y previsibles, y conformes con las comúnmente admitidas en el ámbito jurídico, incidiendo en el aspecto objetivo de los hechos sobre los que ha de elaborar su argumentación jurídica.

⁵⁴ Algunos autores, CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las partes en el proceso penal (I) Partes acusadoras”, AAVV (Dir. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA), *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp. 57-58, prefieren referirse a la actividad del Ministerio Fiscal más en términos de flexibilidad o coexistencia de posiciones diversas, que de imparcialidad, ya que una vez asumida la decisión de acusar o no hacerlo, queda vinculada a ésta, actuando de forma parcial.

⁵⁵ Si por independencia, en consonancia con la propia de jueces y magistrados, se entiende la exclusiva sujeción a la ley, el Ministerio Fiscal según algunos autores, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La Fiscalía española ¿debe ser una institución independiente?”, *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, núm. 41/2018, no debería serlo, ya que es el instrumento necesario para, con sujeción a la legalidad, por supuesto, sea la correa de transmisión de la política criminal diseñada por el Gobierno. En sentido contrario ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO, *Tercero en discordia, jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid 2015. p. 510, entiende que el ejercicio independiente de la función judicial necesita de un titular de la acción pública que también lo sea, además, sostiene, solo cabe la posibilidad de esa independencia en un marco libre de intromisiones.

⁵⁶ Como afirma DE ESTEBAN ALONSO, JORGE, *El Régimen Constitucional Español*, Labor, Barcelona 1980, p. 247, el Ministerio Fiscal en la realización de su labor está sometido exclusivamente a la ley, debiendo mantener una posición imparcial al ser el representante del interés público tutelado por aquella, y no el de ninguna persona en concreto.

⁵⁷ La idea de unidad de actuación presenta según ALAMILLO CANILLAS, FERNANDO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento*, Colex, Madrid 1990, pp. 29-34, una doble perspectiva: bien como la unicidad de la institución (art. 22 EOMF), bien como “unidad de actuación” en sentido estricto, que exige que los fiscales, a diferencia de los jueces, prescindan de

univoca la legalidad y el interés público. De esta manera cada miembro del Ministerio Fiscal actúa siempre en representación de la Institución (art. 23 EOMF)⁵⁸. La conjunción de unidad de actuación con el principio de dependencia jerárquica, que funciona instrumentalmente para asegurar aquella, permite que la actuación del Ministerio Fiscal resulte externamente coherente, si bien ello puede crear, consecuentemente, una tensión con el principio de legalidad.⁵⁹ Este principio se ejecuta de forma concatenada, encontrándose en la cúspide jerárquica el FG, dotado de legitimación democrática.

Merced a este principio todos los miembros y órganos del Ministerio Fiscal actúan de forma unitaria, proporcionando seguridad jurídica (art. 9.3 CE), frente a la dispersión característica de jueces y Tribunales. Esta unidad se asegura mediante la celebración de Juntas en cada Fiscalía y, a nivel más general, mediante órdenes, instrucciones, respuestas a consultas y circulares de la Fiscalía General del Estado (art. 24 EOMF). La unidad de actuación puede exigir al miembro del Ministerio Fiscal apartarse de su convicción personal.⁶⁰

El art. 22.1 EOMF establece que “el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado” y el 22.2 EOMF “El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal”. A su vez, el FG ejerce su autoridad sobre sus subordinados: los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, (art. 22.4 EOMF), los fiscales jefes de cada órgano (art. 22.5 EOMF), tenientes fiscales (art.22.6 EOMF), fiscales jefes de las Fiscalías Provinciales (art. 22.7 EOMF), fiscales Jefe de las Fiscalías de Área (art.22.8 EOMF) y fiscales decanos (art.22.9 EOMF).

sus criterios personales y decidan en base al criterio del órgano, en aras a conseguir una uniformidad en la aplicación de la ley en todo el país.

⁵⁸ Refiriéndose el antiguo Fiscal General de Estado y actual Presidente del TC, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, “Presente y futuro del Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, p. 209, al principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, indicaba que, frente a la aplicación de las normas jurídicas que realizan los órganos jurisdiccionales, difusa y dispersa, necesaria sí para la evolución de la interpretación acorde con la realidad social de las normas, pero que puede producir desajustes en el principio de los ciudadanos ante la ley, la actuación unitaria del Ministerio Fiscal corrige ese defecto, al imponerse un único criterio que aporta seguridad jurídica y previsibilidad de la respuesta judicial.

⁵⁹ Recuerda SAINZ MORENO, FERNANDO, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, *op.cit.*, que es necesario tener en cuenta que las múltiples funciones que realiza el Ministerio Fiscal, se materializan por medio de una organización, que pretende hacer compatible el principio de “unidad de criterio” (lo que exige una cierta jerarquía) con la vinculación de cada uno de sus miembros al principio de legalidad, que, necesariamente, requiere, en alguna medida, un grado de discrepancia.

⁶⁰ A diferencia del juez, el fiscal, observa ALAMILLO CANILLAS, FERNANDO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento*, *op.cit.*, p. 31, en el desempeño de su trabajo, debe prescindir de consideraciones personales y obrar con objetividad, sujetándose al criterio de la institución, lo cual, conlleva en casos de discrepancia del funcionario, el esfuerzo de obedecer una pauta que no considera adecuada.

1.2.2.4. El principio de dependencia jerárquica.

La dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal, que describe el art. 124.2 CE, aparece orgánicamente referida en el art. 32 EOMF: “la Carrera Fiscal está integrada por diversas categorías de Fiscales, que forman un Cuerpo único, organizado jerárquicamente”.

La relación jerárquica ha sido identificada con, “la atribución al órgano superior de poderes de planificación, organización y mando”, siendo la contrapartida “de las facultades que corresponden al superior jerárquico (...) la posición de deber o sometimiento del inferior. El respeto y la obediencia al superior jerárquico es uno de los deberes generales de los funcionarios públicos”.⁶¹

El principio tiene, sin duda, un carácter instrumental respecto de la unidad de actuación⁶², en aras a la garantía de los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la Ley⁶³ e instrumental también con respecto al principio de eficacia en la utilización de los recursos públicos existentes para la obtención de los fines encomendados al Ministerio Fiscal⁶⁴ y, en particular, en relación con la eficiencia del sistema penal.⁶⁵

La dependencia jerárquica no significa, en absoluto, sumisión al Poder Ejecutivo, pues dicha interpretación no encaja con el diseño constitucional del Ministerio Fiscal⁶⁶. La institución defensora de la legalidad lo es del estado en su conjunto, no de la Administración⁶⁷. Tampoco la sujeción de los fiscales a sus superiores jerárquicos va más allá de asegurar la unidad de

⁶¹ En este sentido se expresa MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general Tomo X. La Administración del estado*, Agencia estatal del BOE, Madrid 2017, p. 64-65.

⁶² Algún autor, como LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, *op.cit.*, p. 202, ha discutido esta prelación de principios, al considerar que los principios de legalidad e imparcialidad se interpretan con un rigor excesivo en detrimento de los también constitucionales principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

⁶³ Así lo interpreta la Instrucción 1/2005 de la FGE.

⁶⁴ Tal como expresa la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁶⁵ La Recomendación del Consejo de Europa Comité de Ministros (2000)19 a los estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal (Adoptada por el Comité de Ministros el 6 de Octubre 2000, durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros), en su art.1 señala “Se entiende por Ministerio Fiscal la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal.”

⁶⁶ La contradicción entre sí de algunos principios que regulan la actividad del Ministerio Fiscal es, no obstante, evidente. Al respecto apunta ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO, “Ni fiscal instructor, ni Habermas procesalista (a pasar de Vives Antón)”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 16-17/1992, que existe una incoherencia notable entre la estructura orgánica del Ministerio Fiscal, donde rige el principio de dependencia jerárquica, y su cometido institucional, sujeto tan solo a la legalidad y a la imparcialidad.

⁶⁷ Esta falta de subordinación es apreciable en múltiples actuaciones del Ministerio Fiscal, tales como posicionamientos contrarios a la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa, de Menores, o legitimación para el ejercicio del derecho de amparo contra la Administración y el Gobierno, entre otras. Es la cualidad de defensor de la legalidad del Ministerio Fiscal la que se impone en estos supuestos en que puede, como de hecho ocurre con frecuencia, oponerse a los intereses de la Administración, y es la razón de ser de cualquiera de sus actuaciones, tal como indica MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, *op.cit.*, p. 124. La posición de garante de la legalidad que ostenta el Ministerio Fiscal, presenta el doble plano de ser el principio inspirador de su actividad y, por otra parte, el contenido último de la función que realiza, por ello la perspectiva con la que la Administración pueda entender el interés general, cuya satisfacción es su razón de ser, y la del Ministerio Fiscal, sujeto radicalmente al principio de legalidad, no tienen porqué coincidir.

actuación mediante unos criterios interpretativos comunes que garanticen una aplicación igualitaria de la ley.⁶⁸

La jerarquía se materializa por medio de órdenes e instrucciones que recoge el EOMF⁶⁹. El incumplimiento de una orden puede suponer responsabilidad para el miembro del Ministerio Fiscal que la haya desobedecido, tanto se trate de órdenes particulares o de requerimientos personales dirigidos por escrito, considerándose falta muy grave (art. 62.2 EOMF), como la desatención de órdenes, requerimientos u observaciones verbales recibidas de sus jefes, considerada falta leve (art. 64.6 EOMF). Incluso las faltas de respeto a sus superiores jerárquicos (arts. 63.1 y 64.1 EOMF), se encuentran sancionadas y reflejan de forma clara la subordinación jerárquica del Ministerio Fiscal.

El principio de legalidad y el de dependencia jerárquica, que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, pueden chocar cuando el fiscal considera que la orden que ha recibido no se ajusta a la legalidad. En el art. 27 EOMF se contempla este supuesto y se establece un mecanismo de oposición por parte del fiscal que recibe la orden, en el que toma parte la Junta de Fiscalía para expresar su opinión.⁷⁰ Si el superior jerárquico del fiscal se ratifica en su orden, el fiscal no tendría la eventual responsabilidad penal que se le podría derivar por aplicación de la

⁶⁸ Sobre la cuestión de hasta qué punto ha de llegar la subordinación de los fiscales a sus superiores jerárquicos LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid 2008, p. 422, estima que no debe ser más de la necesaria para vehicular las directivas de la política criminal del Gobierno.

⁶⁹ Es el art. 25 EOMF el que regula la forma en que se transmiten las órdenes a los fiscales, estableciendo: “El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (...). Análogas facultades tendrán los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas respecto a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial, y ambos respecto de los miembros del Ministerio que les estén subordinados. El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.”

⁷⁰ El art. 27 EOMF establece: “Uno. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo primeramente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el FG, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Dos. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.” La reciente Instrucción 1/2019 sobre las Juntas de Fiscalía, recoge un apartado relativo al régimen de la disconformidad de criterios con el Fiscal Jefe. Según la misma, la naturaleza de la discrepancia no tiene que ser de tipo orgánico o gubernativo, sino limitada a cuestiones de aplicación o interpretación de la norma jurídica con relación a un asunto específico, e insiste en la necesidad de que tanto la orden, el planteamiento, como la resolución de la discrepancia, se lleven a cabo por escrito, para permitir a ambos distanciarse de la inmediatez propia de la comunicación verbal, tantas veces enemiga de una serena y fría reflexión. El nuevo Real Decreto 305/2022 Reglamento del Ministerio Fiscal, recién publicado en el BOE de 4 de mayo de 2022 (en adelante, RMF 2022), no contiene previsión alguna desarrollando este mecanismo de discrepancia del fiscal. La Disposición derogatoria única del RMF 2022 deja sin valor jurídico el viejo Reglamento de 1969, por lo que hay que concluir que el procedimiento regulado en el art. 91 de éste queda sin efecto. La EM del nuevo reglamento no hace ninguna mención sobre las eventuales discrepancias con las órdenes recibidas por el superior jerárquico. No se entiende bien porqué se ha optado por la supresión. Lo regulado por el Reglamento anterior no era incompatible con lo dispuesto en el EOMF, y completaba, añadiendo alguna garantía más, el diseño del primero. La creación del nuevo Reglamento hubiese sido una buena oportunidad para perfeccionar el procedimiento de la discrepancia. Reforzar los instrumentos de autonomía en una institución que se encuentra a las puertas de asumir la investigación oficial en el proceso penal, resulta esencial para su credibilidad pública y su correcto funcionamiento, por lo que consideramos nada beneficiosa su ausencia de normativa de desarrollo.

eximente de obediencia debida del art. 20.7 CP ⁷¹, no alcanzándole siquiera la responsabilidad civil.

El principio de dependencia jerárquica tiene una particular manifestación en los supuestos de sustitución, designación y avocación de procedimientos, contemplados en los arts. 23 y 26 EOMF, que pueden provocar un posible detrimento de la imparcialidad, la objetividad y la autonomía del fiscal. Según aquéllos puede el superior jerárquico de un miembro del Ministerio Fiscal “avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache (...)” o, en el caso del FG, podrá éste “designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal.” En cualquiera de los supuestos, la imparcialidad y el principio de autonomía personal del fiscal quedan comprometidos por estos mecanismos⁷², sin que exista para contrarrestarla ningún mecanismo realmente eficaz, como sí se contempla, por ejemplo, en el Código Procesal italiano que establece un catálogo de causas tasadas y graves, y, en cualquier caso, revisables por órganos colegiados.

1.2.3. Funciones y competencias en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981.

1.2.3.1. Introducción.

Los arts. 3, 4 y 5 EOMF corresponden al título de las “funciones del Ministerio Fiscal”, pero, en realidad, se mencionan, tanto las funciones, como las competencias, siendo las primeras los cometidos del Ministerio Fiscal, y las segundas su soporte instrumental, es decir, sus atribuciones. Todas ellas se llevan a cabo en el curso de cualquier tipo de procedimiento, aunque el Ministerio Fiscal no sea parte, siendo muestra de ello el art. 4.1 EOMF.

Las atribuciones del Ministerio Fiscal, recogidas en los arts. 4 y 5 EOMF, inciden sobre la proyección al exterior de su actividad y el carácter de autoridad de los miembros del Ministerio Fiscal. La redacción de ambos artículos es confusa, recogiendo una serie de atribuciones condensables en dos: la capacidad del Ministerio Fiscal para recabar información sobre la actividad de los juzgados, y la de contar con la colaboración de las autoridades y sus agentes para realizar su cometido.

⁷¹ Esta causa de exención de la responsabilidad criminal, según ORTS BERENGUER, ENRIQUE, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho Penal, parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 405 y 410, y como manifiesta DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS, *Derecho Penal español, parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, pp. 327-328 responde a una idea incuestionable: quien actúa en cumplimiento de un deber jurídicamente impuesto no puede estar realizando a la vez un acto contrario a Derecho y, menos aun, delictivo.

⁷² El control de la actividad de los órganos inferiores por sus superiores jerárquicos en el Ministerio Fiscal es estudiado por LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid 2001, pp. 301-308, examinando instituciones como la dación en cuenta previa o visado, que supone el visto bueno del Jefe sobre el concreto acto procesal del fiscal, si bien no tiene ninguna relevancia *ad extra*, pues el escrito es perfectamente válido sin aquél, o la posibilidad de que el Fiscal Jefe llame a su presencia al fiscal que lleve un caso para pedirle personalmente que informe del mismo (art. 26 EOMF). Estudia también los actos de control en forma de explicaciones, informes, quejas, exposiciones o incidencias, y mediante la confección de estadísticas cada vez más exigentes en la práctica cotidiana del funcionario.

1.2.3.2. Las funciones del Ministerio Fiscal en el desarrollo de su misión.

La lista que contiene el art. 3 EOMF resulta, de igual forma, carente de sistemática y claridad; es meramente enunciativa, y cuenta con una cláusula general abierta a otras funciones y facultades que el ordenamiento jurídico estatal le pueda atribuir. Dichas funciones pueden sistematizarse en tres epígrafes según el objeto de la actividad: como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y como salvaguarda de la independencia de los tribunales.

1.2.3.2.1 Funciones como defensor de la legalidad.

1.2.3.2.1.1. Eficacia de la función jurisdiccional.

El art. 3.1 EOMF atribuye al Ministerio Fiscal “Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.” Dada la importancia de esta función hay alusiones a la misma en otros tres números del artículo: 2, 8 y 9. En efecto, la función jurisdiccional es una pieza clave del sistema jurídico-político, concebido como un conjunto de poderes interrelacionados que se controlan a modo de contrapesos entre sí; de ahí la importancia de su correcto funcionamiento y garantía. Esta actividad la despliega el Ministerio Fiscal sobre cualquier tipo de procedimiento, aunque no sea parte en él. En caso de observar incumplimientos, el art. 423.1 LOPJ le permite ponerlo en conocimiento de los órganos competentes para su corrección.

1.2.3.2.1.2. Respeto a las instituciones constitucionales.

El art. 3.3 EOMF recoge esta función: “Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.” Su articulación jurídico-penal viene recogida en el Título XXI CP, correspondiente a los Delitos contra la Constitución⁷³.

1.2.3.2.1.3. Participación en procesos sobre estado civil y demás que establezca la ley en defensa de la legalidad y del interés público o social.

Esta defensa se lleva a cabo mediante un conjunto numeroso de procedimientos recogidos en distintos textos legales, particularmente Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, y Reglamento del Registro Civil, (en adelante, CC, LEC, y RRC, respectivamente). En general, esta participación viene motivada por la existencia de intereses de menores, incapaces, ausentes, y cuestiones relativas al estado civil en el Registro Civil y la presencia de un interés *supra* individual. Por otra parte, la actividad del Ministerio Fiscal variará dependiendo de si es parte demandada, demandante o simplemente su labor se limita a emitir dictámenes.⁷⁴

⁷³ Los delitos contra la constitución se encuentran previstos en el Título XXI, (arts. 472-543 CP), recogiendo tipificaciones relativas a los delitos de rebelión, contra la Corona, contra las instituciones del Estado y división de poderes, relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, y, finalmente, el delito de ultrajes a España. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, p. 751, hace hincapié en la garantía de los derechos y libertades fundamentales que supone la Constitución, es decir, garantía del Estado democrático de Derecho, que resulta violentada con la comisión de los delitos enumerados más arriba, en consonancia con un Código penal de la democracia.

⁷⁴ La DA 8ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en su apartado primero dispone: “En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores,

1.2.3.2.1.4. Intervención en los procesos que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad.

El Ministerio Fiscal, según la LOTC, solo interviene en la llamada cuestión de inconstitucionalidad, es decir, en el control concreto de constitucionalidad, no en el recurso directo u ordinario. Esta desigualdad resulta consecuente con la forma de defender la legalidad que efectúa el Ministerio Fiscal, en el ámbito de supuestos concretos que le ocupan en su labor. Una legitimación para ser sujeto activo de recurso directo de constitucionalidad, hubiese ido contra su naturaleza constitucional y, además, en mayor o menor grado, todos los legitimados para hacerlo ostentan una legitimación política que el Ministerio Fiscal no tiene.⁷⁵

1.2.3.2.1.5. Intervención en procedimientos contencioso-administrativos.

En general, la participación del Ministerio Fiscal en el procedimiento contencioso-administrativo es muy escasa, tan solo cuando el legislador expresamente lo disponga⁷⁶, lo cual se contradice con las funciones de defensa procesal de la legalidad, el interés público y los derechos de los ciudadanos que le encomienda la CE. El art. 5.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), menciona la legitimación del Ministerio Fiscal cuando exige que éste sea oído para la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

incapacitados o ausentes”, comprendiéndose en esta actuación todos los procedimientos de familia (eficacia civil de resoluciones de Tribunales eclesiásticos o extranjeros, medidas provisionales o previas, separación o divorcio contenciosas o de común acuerdo). Además, el Ministerio Fiscal interviene en numerosas áreas relacionadas con aspectos civiles en que se ven involucrados menores, incapaces o ausentes, como los procesos de discapacidad, tutelas, curatelas, procesos de nombramiento de defensor judicial, filiación, expedientes de adopción, autorizaciones de enajenación de aquellos, o aseguramiento de sus bienes. Por otra parte, según la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el Ministerio Fiscal ostenta algunas facultades tuitivas para los casos en que la persona cuya intimidad, propia imagen u honor se hubiera atacado, y no tuviese herederos, correspondiendo en ese caso su protección al Ministerio Fiscal. Igualmente, se precisa su intervención para proteger derechos de menores o incapaces que no pudieran dar su consentimiento en los términos del art. 2.2 del citado texto legal. La Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral general (en adelante, LOREG) regula el proceso contencioso electoral, un proceso constitucional que se dilucida en el curso de un procedimiento contencioso administrativo especial según explica NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, “La intervención del fiscal en los procesos electorales”, ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los derechos fundamentales*, op.cit. pp. 123-159, para verificar la legalidad del proceso electoral. El art. 111 LOREG determina que “la representación pública y defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral corresponde al Ministerio Fiscal”, por lo que se encomienda a esta institución la defensa de la legalidad, no la adecuación del derecho a la resolución o acto recurrido, por lo que muestra su faceta de *amicus curiae*, pudiendo pronunciarse en contra de lo decidido por la Administración Electoral solicitando la anulación de aquellos.

⁷⁵ El art. 162.1 CE enumera los legitimados: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. Como puede observarse, todos ellos se encuentran dotados de legitimidad política directa o indirecta. El Ministerio Fiscal, sin embargo, no tiene su origen en un nombramiento democrático electivo, por lo que obtiene su legitimación de forma indirecta, dependiendo de un órgano que sí la tiene, el Gobierno, afirma FUENTES SORIANO, OLGA, *El Ministerio Fiscal, consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid 2003, pp. 13-14. El origen de la legitimidad del Ministerio Fiscal, sin embargo, es identificado por ARMENTA DEU, TERESA, “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 58/2000, con la legalidad que él debe defender y que, en un sistema democrático, goza de legitimidad. Al respecto de la legitimación democrática del Ministerio Fiscal y sus sombras escribe en tono crítico LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, op.cit., pp. 373-377.

⁷⁶ El Ministerio Fiscal, tiene una pobre participación en esta jurisdicción, como señala MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal y a la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2006, pp. 77-78.

También lo hace en el art. 19.1 f) LJCA, al enumerar entre los legitimados para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa “El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley”⁷⁷.

1.2.3.2.1.6. Velar por cumplimiento de resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

Determinar el interés público y social supone una función valorativa en base a criterios jurídicos, políticos y sociales que corresponde al FG, que deberá elegir en qué área o áreas se incide, para transmitir las a los miembros del Ministerio Fiscal. En la jurisdicción penal resulta, quizá, más fácil identificar cuáles son esos intereses, pero también resultan identificables en la civil, la social, o la contencioso-administrativa, donde se ven involucrados intereses difusos o con gran número de perjudicados.⁷⁸

1.2.3.2.2. Funciones como defensor de los derechos de los ciudadanos.

1.2.3.2.2.1. Velar por el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

El Ministerio Fiscal dispone de dos vías para la defensa de estos derechos: mediante las garantías procesales derivadas del art. 24 CE, y por medio de procedimientos de diversa naturaleza donde interviene defendiendo derechos fundamentales de menores y personas desvalidas. El Ministerio Fiscal ejercita facultades tuitivas⁷⁹ sobre menores e incapaces en temas

⁷⁷ Los procesos que la ley determina, son los enumerados a continuación: el contencioso electoral (art. 11 LOREG), los supuestos de ejercicio de la acción popular en materia contencioso administrativa (art. 74.3 LJCA), el de expropiación forzosa cuando no comparecieren los propietarios, fueren incapaces o la propiedad fuere litigiosa (art. 5.1 de la ley 16 diciembre 1954), el proceso para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 119 LJCA) y para interponer el recurso de casación en interés de ley (art. 100.1 LJCA), pero no para cuando lo es para la unificación de doctrina, de forma incomprensible. Más sorprende resulta que no se haya legitimado al Ministerio Fiscal a interponer recurso cuando los actos de la Administración resulten lesivos para el interés público, ni tampoco en el proceso especial para ventilar la cuestión de ilegalidad (arts. 27.1 y 123-126 LJCA). Las novedades participativas en este proceso que traía la ley recién promulgada, entre ellas las del Ministerio Público, son estudiadas por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, “La legitimación en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 21/1999. La Circular 3/1998, de 23 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo, trata específicamente esta materia. La misma se emitió, como su título indica, tras la promulgación de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La circular aborda pormenorizadamente el modo de intervención del Ministerio Fiscal en las materias enunciadas anteriormente. El común denominador de la intervención del Ministerio Fiscal en esta jurisdicción radica en la defensa del interés público, y se caracteriza, no por la atribución de ejercitar directamente acciones ante este orden jurisdiccional, sino por la posibilidad de intervenir en alguno de ellos, como recuerda CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *El proceso contencioso administrativo, primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant Lo-Blanch, Valencia 2018, pp. 72-73. Esta idea es ratificada por RODRÍGUEZ ALVÁREZ, ANA, “Capacidad, legitimación y postulación en el proceso contencioso-administrativo”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL), *Tratado sobre el proceso administrativo (LJCA)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 107-109, que pone de relieve la falta de habilitación legal general activa *stricto sensu* del Ministerio Fiscal en dicha jurisdicción.

⁷⁸ Las constituciones posteriores a la II Guerra Mundial tuvieron como característica principal, expone BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *Manual de Derecho Constitucional, volumen I, op.cit.* pp. 48-61, la adición a los elementos propios del Estado democrático de Derecho de los derechos sociales de prestación. En el periodo de entreguerras aquellos habían sido introducidos por primera vez en la Constitución alemana de Weimar de 1919. La CE, muy influida por los llamados Pactos de la Moncloa de 1977, define el Estado español en su art. 1.1 como “social y democrático de Derecho”, es decir, un Estado que interviene en esferas antes reservadas a la iniciativa privada. Razona LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales, op.cit.*, p. 270, que, en este contexto resulta lógico que el Ministerio Fiscal actúe amparando el interés social, y que sus representantes estén especialmente atentos a la satisfacción del mismo, que, en el caso del órgano de la acusación pública, habrá de centrarse, primordialmente, en el interés punitivo de la sociedad.

⁷⁹ El Ministerio Fiscal ha sido configurado por la CE como una institución de garantía de los derechos y libertades, razón por la que se encuentra legitimado para interponer recurso de amparo, art. 162.1 CE e interviene, además en todos los procedimientos

relativos a su derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recogidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Dispone, igualmente, de facultades otorgadas por la LOREG, en contenciosos relacionados con este ámbito, bien de tipo administrativo, o bien concernientes a infracciones penales de esa naturaleza.

1.2.3.2.2.2. Velar por la protección procesal de las víctimas.

Una de las misiones que corresponden al Ministerio Fiscal, según prevé el EOMF en su art. 3.10 es “velar por la protección procesal de las víctimas (...) promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas”, recogidos en el art. 773 LECr.⁸⁰ Dicha misión se recoge, también, en relación con la justicia de menores, en el art. 4.1 LORPM. La Instrucción 8/2005 de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las víctimas en el Proceso Penal, abunda sobre esta obligación.⁸¹ El fiscal debe tener en cuenta las opiniones y preocupaciones de la víctima en el proceso penal, así como informarlas, o hacer que lo sean, sobre sus derechos y el desarrollo del procedimiento, como recoge el punto 33 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, REC (2000) 19 sobre papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal.⁸² Dicha obligación ha sido también reseñada en

referentes a ese recurso en el TC, según manifiestan NAVAS CASTILLO, ANTONIA, NAVAS CASTILLO, FLORENTINA, *Derecho Constitucional, Estado Constitucional*, Dykinson, Madrid 2005, pp. 342-343.

⁸⁰ La defensa de las víctimas de los delitos forma parte del núcleo de misiones fundamentales del Ministerio Fiscal español (arts. 124.1 CE, 3.10 y 4.6 EOMF), recuerda el fiscal del TS, DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS, “Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo”, AAVV, (Dir. CATALÁ I BAS, ALEXANDRE), *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, Catedra de Derecho Autonómico Valenciano, Valencia 2013, pp. 141-177, que estudia la organización de las fiscalías para ello, y se centra, después, en las concretas víctimas de los delitos de terrorismo. Desde una perspectiva más amplia, pues la defensa de las víctimas es solo una de las enumeradas en el art. 3 EOMF, la engloba en la defensa de los derechos de los ciudadanos, BASTERRECHE BENGEOA, TOMÁS, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España, op.cit.*, pp. 295-305. Conviene recordar que la atribución de esta función supuso una auténtica novedad en el momento que se promulgó el EOMF, según recuerda MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, op.cit.*, p. 145. Una manifestación de esta función tuitiva hacia la víctima, de raigambre histórica, es la obligación del fiscal de ejercitar la acción civil junto con la penal, como pone de manifiesto DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN, “El estatuto de la víctima en el proceso penal”, AAVV, (Dir. CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO.), *Las reformas procesales*, CGPJ Estudios de Derecho Judicial, Madrid 2004, p. 358.

⁸¹ La Instrucción 8/2005, 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, desarrolla el contenido de instrumentos del Derecho Europeo (en concreto, la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, y el art. 11 de la Directiva del Consejo de 29 de abril de 2004, para la indemnización a las víctimas de los delitos), exhortando al Ministerio Fiscal a que informe a la víctima del delito de forma personalizada del conjunto de derechos de que puede valerse para la defensa de sus intereses. Para conseguir dicho fin la Instrucción esboza un modelo organizativo al objeto de satisfacer el deber de información a la víctima, y distingue delitos en que la información debe ser más cumplida, lógicamente en aquellos de mayor trascendencia, o momentos en que el fiscal deberá suministrar información; antes del proceso, y durante la sustanciación de éste. En este último entorno resulta fundamental, recalca la Instrucción, el ofrecimiento de acciones, las medidas de protección durante la declaración de la víctima, especialmente si son vulnerables, la notificación de las resoluciones judiciales, la previa audiencia a la víctima cuando el fiscal fuere a solicitar el sobreseimiento en causas graves, y la comunicación con la víctima previa a la calificación de los hechos. También prevé la Instrucción actuaciones relativas al juicio oral, tales como la información a la víctima en supuestos de conformidades, o la información sobre los motivos de suspensión de aquel, y finalmente la notificación de la sentencia. Hay que tener en cuenta que gran parte de estas indicaciones se han visto reforzadas y positivizadas tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, como se examinará en otra parte de este trabajo. Una descripción circunstanciada del contenido a suministrar a la víctima, de conformidad con dicha ley, la ofrece SERRANO MASIP, MERCEDES, “Los derechos de información”, AAVV (Coord. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA), *El estatuto de las víctimas de los delitos, comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pp. 74-90.

⁸² El art.33 de La Recomendación del Consejo de Europa del Comité de Ministros, REC (2000)19 a los estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, adoptada en el Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2000, establece “El Ministerio Fiscal deberá tener debidamente en cuenta de opinión y preocupaciones de las víctimas cuando sus intereses

la Instrucción de la FGE 11/2005⁸³. El deber de protección a la víctima del delito se reclama en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 octubre de 2012, sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos, habiendo sido traspuesta al derecho interno en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en lo sucesivo, EVD).⁸⁴

Consecuencia de la labor tuitiva del Ministerio Fiscal, enunciada en el art. 3.10 EOMF, de que las víctimas del delito reciban ayuda y asistencia efectivas, es la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar la acción civil junto con la penal (arts. 108 y 773 LECr)⁸⁵. Esta función, que ha sido equiparada con una suerte la sustitución procesal, supone para el ciudadano víctima de un delito una evidente tutela en su derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios consecuencia de infracción penal, evitarle la revictimación que puede suponer interactuar con el aparato judicial, así como, por otra parte, un ejercicio razonable de economía procesal.

Numerosas instrucciones y circulares de la FGE insisten en estimular a los fiscales para que en la fase de ejecución mantengan, en relación a esta misión, una actitud proactiva: la Instrucción 1/1992 sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil, la Instrucción 1/2010, sobre funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, la

personales hayan sido lesionados y procurar que las víctimas sean informadas de sus derechos y de la evolución de las actuaciones, o facilitar esta información.”

⁸³ La Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE, supuso una reorganización intensa de los órganos centrales del Ministerio Fiscal con el objeto de modernizarlos y hacerlos más eficaces para conseguir aquella, añadiendo seguridad jurídica y contribuyendo a dar mayor certeza al ordenamiento. La Instrucción apostó por la especialización de los órganos del Ministerio Fiscal creando fiscales de Sala Delegados en áreas específicas de especial importancia, estableciendo Delegación en los fiscales de Sala de lo Penal para una serie de especialidades; en el relativo a la protección de las víctimas, la Instrucción hace una recapitulación interesante sobre la normativa europea promulgada hasta aquel momento (las ya mencionadas Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, y la Directiva del Consejo de 29 de abril de 2004, para la indemnización a las víctimas de los delitos), el contenido del art. 3.10 EOMF, que establece el deber del Ministerio Fiscal de velar por la protección procesal de las víctimas, y diversas circulares e instrucciones que abordan el tratamiento a dispensar a las víctimas por el Ministerio Fiscal. Al fiscal Delegado de Sala de Protección a las víctimas le asigna la instrucción un conjunto de cometidos consistentes en: la coordinación de criterios de actuación, el acopio de información, las relaciones con organizaciones de víctimas, y la propuesta al FG de circulares o instrucciones sobre la materia.

⁸⁴ La ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, tuvo su origen en la necesidad de transposición al ordenamiento español de Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Este último instrumento vino a sustituir la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, cuya implementación había resultado infructuosa. El objetivo de la Ley, como se indica en el Preámbulo de la misma, es más ambicioso que la mera transposición, consistiendo en un catálogo general de los derechos de las víctimas, procesales y extraprocesales, sobre las que ofrece una definición extensa. Sobre esta ley se hará un estudio más exhaustivo en otra parte del trabajo, pero, valga por ahora, de forma sucinta, avanzar que los derechos que regula se centran en las ideas de que la víctima se encuentre perfectamente informada de aspectos procesales y extraprocesales, pueda participar en el proceso penal, sea sujeto de derechos económicos, tenga la posibilidad de acceder a los servicios de justicia restaurativa, y sea debidamente protegida en todos los órdenes por diversos mecanismos que la ley contempla.

⁸⁵ El ejercicio de la acción civil a favor del perjudicado o la víctima por parte del Ministerio Fiscal junto con la acción penal es una característica propia del ordenamiento jurídico español, señala SÁNCHEZ PONS, MARÍA VICTORIA, “El actor civil y el responsable civil, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, op.cit., pp. 424-426, que, añade, descansa en razones de economía procesal y defensa social de las víctimas, y que tiene, según expuso la doctrina del TS en su sentencia de 22 de marzo de 1993, un carácter indudablemente progresivo en consonancia con el Estado Social y democrático de Derecho. Hay que tener en cuenta que la disposición es especialmente favorecedora con las clases económicamente más vulnerables, a las que defiende logrando para ellos su indemnización. No todos, no obstante, están de acuerdo con ello, pues entienden este mecanismo como una intromisión en el principio dispositivo que rige en el ámbito civil. Se ha criticado también el hecho de que salvo renuncia expresa del perjudicado, e incluso si este se encuentra personado, el fiscal no esté exento de solicitar la indemnización (problema que pretendió evitar el BCPP 2013 suprimiendo esa concurrencia).

Instrucción 8/2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal y la Circular 4/2010 sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.⁸⁶

1.2.3.2.2.3. Defensa de Menores e Incapacitados en juicio o fuera de él si carecen de representación legal, promover los organismos tutelares que establezcan las leyes civiles y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la defensa de menores y desvalidos.

Estas tres funciones abarcan numerosas actuaciones en las que tiene que intervenir el Ministerio Fiscal, recogiendo en áreas tales como tutelas, prodigalidad, incapacidades, adopción, y cuestiones relativas a menores, todas ellas reguladas en el CC.⁸⁷ En fechas recientes, y como consecuencia de la necesidad de adaptación de la legislación española al marco dispuesto por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ha sido promulgada la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en el BOE el 3 de junio de 2021. La nueva ley realiza importantes modificaciones en otros textos legales entre los que se encuentran el CC y la LEC.⁸⁸

⁸⁶ Desafortunadamente, la práctica judicial tiende con demasiada frecuencia a declarar insolvencias de los condenados que impiden el resarcimiento de las víctimas, sin apurar los mecanismos de investigación patrimoniales. Varias instrucciones de la FGE recuerdan a los funcionarios del cuerpo que tienen que ser vigilantes al respecto, no limitándose a dictaminar pasivamente cuando se les da traslado de la ejecutoria, sino reclamando por parte del juzgado, una exhaustiva averiguación de bienes del inculpado o examinando si verdaderamente la situación del condenado es de insolvencia. De los instrumentos de la FGE enunciados supra, el más relevante es la Instrucción 1/2010, de 29 de julio, sobre funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, que trata de forma extensa y pormenorizada la cuestión. Como la propia instrucción recuerda, la ejecución es parte del proceso, es objeto de la labor jurisdiccional (art. 117.3 CE) e integra la tutela judicial efectiva, como ha manifestado la jurisprudencia constitucional. La Recomendación (2000)19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal, atribuye la función de vigilar la ejecución de las resoluciones judiciales al Ministerio Fiscal, materia sobre la que la LECr apenas otorga algún papel a éste, que, sin embargo, viene constitucionalmente obligado a ello por su condición de promotor de la justicia. El diagnóstico de la situación acerca del cumplimiento de las ejecutorias en fecha de la emisión de la Instrucción es negativo, como sigue siéndolo más de una década después, si acaso no se ha agravado. En un posterior apartado se abundará sobre el fracaso de las ejecuciones de sentencia como parte del general mal funcionamiento de la Administración de Justicia. La Instrucción prevé unas actuaciones por parte del Ministerio Fiscal en orden a impulsar el cumplimiento de las ejecutorias, consistentes en coordinación, mecanismos de información y notificación (valiéndose de herramientas informáticas), así como de organización, y, en general, tendentes a la participación activa del fiscal en esta fase que tiene una especial importancia para la satisfacción de la víctima. Sobre el papel del Ministerio Fiscal en la ejecución de sentencia GARCÍA NAVARRO, MARÍA, “El fiscal en la ejecución”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019, pp. 189-204, realiza un trabajo en que investiga desde la normativa aplicable concerniente al Ministerio Fiscal, a la problemática de las ejecutorias y sus eventuales soluciones ilustrado con abundantes datos estadísticos. A pesar de que, gracias a recientes mejoras en las tecnologías de la información y la comunicación, señala SENNOUNI EL HARTI, RADAD, “Investigación patrimonial del condenado”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia, op.cit.*, pp. 249-277, que permiten una sencilla averiguación de bienes del investigado, lo cierto es que los órganos judiciales no actúan con diligencia para conocer la capacidad económica de aquél. El efecto, que señala el autor, es la frustración que siente la víctima que no ve cumplidas sus legítimas expectativas, una de las cuales, quizá la más importante, es la reparación económica. En la misma obra colectiva, GONZÁLEZ ESPEJO, ROSA “Eficacia del pago y percepción de impunidad: consecuencias de la reparación en el condenado”, pp. 336-341, se pregunta si la pésima imagen que la Administración de Justicia tiene en España, no tendrá que ver, entre otras consideraciones, con el escaso cumplimiento de las indemnizaciones acordadas en sentencia y la inacción judicial para evitarlo.

⁸⁷ La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacidad y prodigalidad es descrita y analizada por IGLESIAS CANLE, INÉS, CANDAL JARRÍN, IGNACIO SANTIAGO, *Los procesos sobre la capacidad de las personas, especial referencia a las personas dependientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, pp. 66-71

⁸⁸ Realiza una recensión sobre las novedades más significativas de esta Ley, FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA, “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2/2021.

La ley contempla un conjunto de disposiciones que tienen como objetivo el apoyo a las personas con discapacidad, encomendando al Ministerio Fiscal un rol relevante⁸⁹, interviniendo de forma activa por medio de audiencias preceptivas, ejercicio de acciones, funciones tutelares, vigilancias, informes, traslado de información, solicitud de medidas de apoyo, y participación en trámites que afecten a los derechos del menor o persona con discapacidad. Todas estas intervenciones tienen el común denominador, que subraya la EM, de estar inspiradas en la promoción de la dignidad inherente a toda persona (ar. 10 CE), incluidas aquellas con discapacidad. Con esta inspiración, el Ministerio Fiscal tiene una intervención significativa en todos los procesos judiciales relativos a personas con discapacidad o menores, siendo escuchado para la adopción de cualquier medida que afecte a los derechos de aquellos, y teniendo la iniciativa para la solicitud de medidas protectoras de orden personal o patrimonial.

1.2.3.2.4. Interponer recurso de amparo e intervenir en los procesos de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El art.162.1 b) CE menciona al Ministerio Fiscal entre los legitimados “para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.” Además, según el art. 47.2 LOTC “el Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley.” Adicionalmente a su intervención, está también legitimado en los casos de los arts. 42 a 44 y 46.1.a) y b) LOTC.

1.2.3.2.3. Funciones como salvaguarda de la independencia de los tribunales.

1.2.3.2.3.1. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Tribunales y mantener su integridad competencial.

Esta función del Ministerio Fiscal puede adoptar diversas modalidades, según dictamine o intervenga como promotor en los conflictos de jurisdicción y de competencia y en las cuestiones de competencia. La radical importancia de la garantía del principio del juez ordinario predeterminado por la ley, es la razón de esta función por parte del Ministerio Fiscal.

1.3. Organización del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal español se organiza en función del principio de unidad de la institución según establece el art. 221 EOMF que dota a la institución de carácter único para todo el estado, y por ello sin equivalente en las Comunidades Autónomas. Se trata de un criterio de configuración legal, pues lo que la CE establece, como principio constitucional, es la unidad de actuación. De este hecho se derivan dos consecuencias: la indivisibilidad del órgano, único para todo el estado, y la fungibilidad de sus miembros, pues cada uno de ellos es un

⁸⁹ En este sentido, señala GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS, SANTOS URBANEJA, FERNANDO, y otros, *Manual de buenas prácticas. La intervención del Ministerio Fiscal, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pp. 8-10, que las Fiscalías son órganos al servicio de la sociedad, como establece la Instrucción 4/2009 FGE sobre organización de las Secciones de lo Civil y el régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y apoyos, a los que cualquier ciudadano o institución tiene derecho a acceder. La Fiscalía ostenta funciones tuitivas de las personas con discapacidad, y, en general, es un órgano al servicio de la sociedad. En el área que nos ocupa, la Fiscalía tiene la responsabilidad de atender, informar y asesorar a las personas con discapacidad y a sus familiares, obligaciones éstas recogidas en la citada Convención de Nueva York de 2006, que reivindica el acceso a la justicia de aquellas personas.

representante del todo.⁹⁰ Dada su configuración legal, nada hubiese impedido que se constituyeran Ministerio Fiscal en cada autonomía, sin perjuicio de su debida unidad de actuación. Algún constitucionalista, en referencia al Poder Judicial, pero consideramos que se trata de un argumento igualmente válido para el Ministerio Fiscal, ha puesto de manifiesto la incoherencia que supone el reconocimiento del principio autonómico y la configuración de la Administración de Justicia de espaldas a dicha realidad.⁹¹ En realidad, en contra de lo que sostiene algún autor,⁹² consideramos que el hecho de que el art. 117.5 CE haya establecido el principio de unidad jurisdiccional no conlleva necesariamente que la organización del Ministerio Fiscal tuviera que ser también de esa naturaleza, si bien hay que reconocer, que el modelo ofrece coherencia.

1.3.1. Facultades, derechos, deberes y responsabilidad de los fiscales.

1.3.1.1. Facultades de los miembros del Ministerio Fiscal.

La base del Cuerpo de Fiscales lo constituyen aquellos funcionarios que no ostentan cargo jerárquico, encontrándose entre sus obligaciones el deber genérico de cumplir las órdenes e instrucciones que se les dan y atenerse a ellas en sus despachos y dictámenes, pudiendo incurrir en responsabilidad disciplinaria si no lo hiciesen (arts. 61-70 EOMF). El art. 25 EOMF obliga a los fiscales a poner en conocimiento del FGE “hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia éste deba conocer”. Además del deber de acudir ante el FGE si éste le llama a su presencia para que el funcionario le suministre de forma personal sus informes y poder así recibir “las instrucciones que estime oportunas” (art. 26 EOMF).

Como contrapartida a la obligación de obedecer del fiscal, el art. 25.5 EOMF le autoriza a “desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia”⁹³, una facultad, de raigambre histórica, que puede tener más trascendencia de la que parece a primera vista, ya que el fiscal tiene así la oportunidad expresar ante el juez sus

⁹⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *El Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, pp. 97-99.

⁹¹ Aun reconociendo las escasas posibilidades que en el ámbito del Poder Judicial existen para manifestaciones de poder autonómico en él, insiste BALAGUER CASTELLÓN, FRANCISCO, *Manual de Derecho Constitucional*, *op.cit.* pp. 665-668, en que se debería “autonomizar” en la medida de lo posible la Administración de Justicia, no solo para dar coherencia al sistema constitucional descentralizado, sino para una mayor cercanía y eficacia en la prestación del servicio público de la Justicia. Entendemos que estas razones, con la diferencia señalada por CONDE-PUMPIDO FERREIRO a la que ya se ha hecho referencia, ofrecería un margen de actuación más amplio en este sentido para una organización más descentralizada del Ministerio Fiscal.

⁹² ALAMILLO CANILLAS, FERNADO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento*, *op.cit.*, pp. 47-48.

⁹³ Sobre la forma de entender el derecho a expresarse libremente en sus manifestaciones orales (art. 25.4 EOMF), mantiene ALAMILLO CANILLAS, FERNADO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento*, *op.cit.*, p. 32, una tesis que parece apartarse del tenor del artículo, pues a su entender esa libertad comprende exclusivamente la elección de las argumentaciones que considere oportunas para mantener lo sostenido en su petición escrita (que será la que se le haya hecho mantener por su superior jerárquico) pero no para manifestar de forma verbal argumentos contrarios a lo que solicita. No se comparte dicha opinión que, sustancialmente, vacía de todo contenido al artículo. Naturalmente el fiscal elegirá las razones que considere más eficaces para fundamentar su posición, pero impedirle manifestarse en contra de la orden recibida le priva de una libertad que el artículo reconoce, y es más, priva al órgano sentenciador de conocer argumentaciones que sirven al interés de la justicia. Esta la misma institución existe también en Francia, donde responde al aforismo *la plume es serve, mais la parole es libre* (la pluma es sierva, pero la palabra es libre) y significa que en el fiscal en su exposición oral ante el Tribunal es libre, circunstancia ésta que puede tener que ver con una razón de conciencia, y con la consideración de que en el país vecino los fiscales tienen la misma categoría y pertenecen al mismo cuerpo que los magistrados, según explica MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, p. 59. La atribución facultad al fiscal, según LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, “*La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*” *op.cit.*, p. 454, a que exponga de forma oral al Tribunal argumentos contrarios a lo que se le ha obligado a sostener, en lo que parece el sentido más razonable del precepto.

razonamientos y, a pesar de solicitar aquello a que viene obligado, pueden ser atendidas por aquél pronunciándose contra lo pretendido por el superior jerárquico del fiscal.

Además de mecanismo de la libertad de palabra, el art. 27 EOMF regula el supuesto de discrepancia del fiscal con la orden o instrucción que considera contraria a las leyes o, simplemente, improcedente. Se trata de un mecanismo poco vigoroso, ya que, en última instancia, prima el criterio del superior jerárquico, pero que en alguna medida refuerza la autonomía del fiscal, favorece el debate interno, y supone un cierto freno al autoritarismo. El mecanismo de actuación viene desarrollado en el art. 91.4, 5 y 6 del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal (en adelante, RMF 1969), recientemente derogado y sustituido por el nuevo, aprobado por Real Decreto 305/2022 Reglamento del Ministerio Fiscal, de 4 de mayo 2022. En el modo que regulaba el RMF 1969 el subordinado podía exigir que se le entregase por escrito la orden y acudir al común superior jerárquico que resolvería. Sin embargo, su uso resultaba testimonial, debido a las prácticas habituales en la carrera fiscal, y a los plazos procesales preclusivos. Este mecanismo suponía, para el fiscal discrepante, la exoneración de responsabilidad según recoge el número 2 del art. 27 EOMF. Lamentablemente, el nuevo texto, como se explicará, no ha mejorado este sistema de discrepancia.

1.3.1.2. Deberes de los miembros del Ministerio Fiscal.

El desempeño del cargo de fiscal exige una serie de deberes, siendo el primero de ellos ejercer fielmente el mismo (art. 48 EOMF). Esta obligación se traduce en personalizar en cada funcionario los principios propios de la institución, cuales son su actuación conforme a los principios recogidos en el art. 124 CE y arts. 6 y 7 EOMF.

Otro deber del fiscal, que, con la evolución social y el desarrollo de los medios de comunicación actuales, se puede calificar de obsoleto, es el de residencia en la población donde tenga su destino (art. 49 EOMF) y el de asistir a su despacho conforme a las instrucciones del Jefe de la Fiscalía. El RMF 1969 concretaba el deber de residencia (arts. 63-85 RMF 1969) con unas previsiones poco realistas y nulamente cumplidas, hasta el punto de exigir pernoctar en su localidad los días que el funcionario sale de excursión. Parece claro que dichas previsiones resultaban anticuadas y desconectadas de la realidad social actual por lo que el nuevo RMF 2022, sin anularlas, las ha flexibilizado razonablemente⁹⁴. En el nuevo RMF 2022 se regulan los deberes de los fiscales en un único artículo (art. 122 RMF 2022) que contiene diez apartados⁹⁵.

El deber de secreto de los asuntos reservados que conozcan como consecuencia de su cargo, es otro de los que ata al Ministerio Fiscal (art. 50 EOMF). El fiscal debe también

⁹⁴ El RMF 2022 ha mantenido tan solo el espíritu del Reglamento derogado en relación con el deber de residencia del fiscal en la población en que tenga su destino, pues actualmente exige tan solo “residir en una población compatible con la puntual atención de todas las tareas y servicios propios del cargo y destino”. En cuanto a la permanencia en la fiscalía, el RMF 2022, sigue el criterio de su predecesor, y exige que se trate del tiempo necesario, y según las instrucciones del Fiscal Jefe.

⁹⁵ Después de repetir el deber de fiel desempeño del cargo, expresado en similares términos al EOMF, recoge los de cumplimiento de instrucciones y criterios de la Fiscalía General del Estado, residencia, secreto de asuntos reservados, incompatibilidades, prohibiciones, y abstención, corrección de trato, debida motivación de informes y dictámenes, y puesta en conocimiento del Fiscal Jefe de escritos relativos a su actividad. Es de destacar la obligación que impone el precepto a los miembros del Ministerio Fiscal de utilizar herramientas informáticas para el desarrollo de su trabajo y para sus actos de comunicación interna, así como a utilizar otros medios materiales y tecnológicos.

informar a sus superiores de los asuntos relevantes (art. 25 EOMF). Se trata de una obligación que sigue la cadena de mando jerárquico del órgano inferior al superior; la razón es obvia, en una institución que actúa con unidad de criterio es preciso recabar la información necesaria para la toma de decisiones y la posterior transmisión de órdenes o instrucciones. Corresponde también al Ministerio Fiscal el deber de actuación representativa (art. 23 EOMF) ya que siempre han de hacerlo en representación de la institución y por delegación del jefe superior.

1.3.1.3. Derechos de los miembros del Ministerio Fiscal.

El derecho básico del funcionario fiscal es el concerniente al desempeño de su cargo y a la promoción en la carrera según las condiciones legales (art. 51 EOMF)⁹⁶. Este desempeño implica el ejercicio efectivo de su función dentro de una determinada categoría, y conlleva, también, el derecho a su promoción a categorías superiores y a cambios de destino. El EOMF supuso respecto a la regulación anterior un avance importante sobre la inamovilidad del Ministerio Fiscal, ya que el sistema anterior permitía una gran discrecionalidad en las causas de remoción, en tanto que el sistema instaurado por aquella ley establece causas tasadas para ello. En efecto, el régimen de traslados forzosos está regulado en el art. 40 EOMF, y previsto para supuestos en que se asciende de categoría y es preciso cambiar de puesto, en casos de incompatibilidades legales (art. 58 EOMF), o de fuertes desencuentros con el superior jerárquico, o con el Tribunal donde actúa el fiscal, imputables a éste. No obstante, el fiscal perjudicado goza de la garantía de un expediente contradictorio, y de la necesidad de que el Consejo Fiscal informe previamente. Además, y esto resulta importante, el régimen es operativo se trate de un puesto cuyo nombramiento ha sido reglado, o haya sido discrecional. Los traslados voluntarios se dividen en aquellos que son fruto de nombramientos discrecionales para altos cargos y jefaturas de la carrera, y competencia del Gobierno, y aquellos otros de origen reglado, que toman la forma de concurso, y se rigen por Real Decreto 545/1983, de 9 de febrero, por el que se desarrollan determinadas normas del EOMF.

Otro derecho del que gozan los fiscales es el relativo a su promoción (art. 51 EOMF). Hoy día, la carrera cuenta con las categorías de fiscales de sala, fiscales y abogados-fiscales (art. 34 EOMF). Dentro de ellas existe un número elevado de distintos cargos que se describen el Capítulo II, del Título III EOMF (arts. 32-41 EOMF). Lo característico de este conjunto de cargos de la Carrera fiscal es el hecho de que la designación de los órganos directivos corresponde al Gobierno.

Lógicamente, los miembros del Ministerio Fiscal gozan del derecho a retribución económica y seguridad social (arts. 31.2 y 53 EOMF), que es igual al de los miembros de la

⁹⁶ El sistema español de nombramiento de las jefaturas de la carrera fiscal no parece muy compatible con el diseñado por la normativa europea, sostiene GUIBERT OVEJERO, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, op.cit., p. 187, que se interroga si a la luz de aquélla se trata de un sistema aceptable, pues la Recomendación 200 (19) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal, exige que “el desarrollo de la carrera, ascensos y movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se funden en criterios conocidos y objetivos, tales como competencia y experiencia”. A pesar de esta advertencia, el Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa para la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, en 62 reunión plenaria, Estrasburgo 2013, apartados 137 y 139, considera que el sistema español de promoción interna del Ministerio Fiscal español, no presenta inconveniente alguno al respecto. Se interroga el autor si realmente el sistema es percibido así por la opinión pública, y si siempre las designaciones discrecionales se basan en los criterios de capacidad y mérito exigidos en la CE. El derecho al cargo y a la promoción dentro de la carrera, son tratados por DORESTE ARMAS, DELIA CAROLINA, *La responsabilidad del Ministerio Fiscal*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria 2019, pp. 280-284.

Carrera judicial. Actualmente, esta materia se encuentra regulada en la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, actualizada por última vez el 31 de diciembre de 2020. Los permisos y licencias (art. 52 EOMF) de que disfrutaban los fiscales aparecían muy circunstanciadamente recogidos en los arts. 65-85 RMF 1969, habiendo sido reformados con más coherencia y sistemática en el RMF 2022⁹⁷, tratándose, además de las vacaciones, de permisos y licencias de diversa índole; bajas por enfermedad, por asuntos propios, por razón de matrimonio, embarazo, estudios, y licencias especiales. Prácticamente todos ellos conllevan derechos económicos. El RMF 2022 enumera en su art. 118 los derechos profesionales de los miembros del Ministerio Fiscal, así como reconoce igualmente el derecho de asociación (art. 119), a la salud y a la protección frente a los riesgos laborales (art. 120).⁹⁸

Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad (art. 23 EOMF), y gozarán de los honores que reglamentariamente se les reconozcan (art. 51.1 EOMF). Hay que recordar que dada la equiparación en este sentido a las autoridades judiciales (art. 33.2 EOMF) los tratamientos honoríficos que se les aplican se corresponden con los contemplados en el art. 324 LOPJ para los jueces y magistrados. Sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito, con autorización de su superior jerárquico u orden judicial (art. 56 EOMF).

Por último, los fiscales disponen del derecho de libre asociación (art. 54 EOMF), que excluye su pertenencia a partidos políticos o sindicatos (art. 127.1 CE), si bien se acotan sus fines pues éstos habrán de ser profesionales, o consistir en la realización de estudios y actividades a favor de la justicia, excluyéndose fines políticos de cualquier índole. Incluso, el artículo citado contempla la posibilidad de disolución de la asociación en caso de extralimitarse en sus Estatutos, o infringir la ley, siguiendo los trámites del juicio declarativo ordinario ante la Sala Primera del TS.

1.3.1.4. La responsabilidad de los miembros del Ministerio Fiscal.

Los miembros del Ministerio Fiscal se encuentran sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria en el ejercicio de sus funciones. En materia de responsabilidad civil, los

⁹⁷ El RMF 2022 regula de forma muy exhaustiva los permisos de los fiscales en su Título V (arts. 94-117): vacaciones, asuntos propios, otros por causas justificadas, matrimonio, embarazo, parto y lactancia, acogimiento o adopción, paternidad, fallecimiento, accidente o enfermedad grave, conciliación familiar, enfermedad, estudios, y extraordinarios. El nuevo reglamento ha introducido el permiso a las fiscales víctimas de violencia de género entre los ya existentes con anterioridad. Prácticamente la totalidad de los diferentes tipos de permisos conllevan derechos económicos.

⁹⁸ El art. 120 RMF 2022 desgrana un conjunto de derechos de los fiscales; el del cargo, su ejercicio y no ser removidos de él, la promoción, igualdad de trato, formación, vacaciones y permisos, jubilación, dignidad en su trabajo, conciliación de la vida personal y familiar, adaptaciones adecuadas en caso de padecer algún tipo de incapacidad, retribución, Seguridad Social, acceso a su expediente personal y protección de datos, ocupar estrados a la derecha del juez o tribunal, ser avisado para asistir a vistas, pedir la palabra, tomarla en último lugar en todos los órdenes judiciales menos el penal -salvo por prohibición legal o por ser el demandante- y solicitar amparo al Consejo Fiscal si se ve perturbado en sus funciones. Además de los enunciados, el art.120 RMF 2022 recoge otro bajo la letra “o” “a comparecer ante los órganos judiciales mediante la utilización de los medios de comunicación bidireccional del sonido y de la imagen, en aquellos lugares en que existan”. El precepto tiene una indudable utilidad puesto que, dada la escasez de plantilla del Ministerio Fiscal, sus múltiples funciones, y el hecho de que aquellas se agrupen en su totalidad en la capital de provincia (excepción de algún destacamento en poblaciones muy grandes) hacen que las videollamadas sean imprescindibles para poder prestar el servicio. El precepto sigue la senda de lo dispuesto por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que contempló medidas de tipo tecnológico, entre las que se encontraban las celebraciones telemáticas de actos procesales, que, en el caso del Ministerio Fiscal resultan indispensables para evitar desplazamientos, gastos y pérdida de tiempo. Nos preguntamos, con todo, si la intermediación, tan importante para formarse un juicio fundado cuando están en juego derechos fundamentales procesales y sustantivos, no se verá dañada con el uso exagerado de mecanismos telemáticos.

miembros del Ministerio Fiscal (art. 60 EOMF) están sujetos al mismo régimen de jueces y magistrados contemplado en la LOPJ. Este cuerpo legal preveía responsabilidad cuando se causasen daños y perjuicios debidos a dolo o culpa en el desempeño de sus funciones (art. 411 LOPJ) mediante el correspondiente juicio (art. 413.2 LOPJ). Sin embargo, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, lo modificó, estableciendo que el perjudicado podría tan solo reclamar la responsabilidad patrimonial por error judicial o funcionamiento anormal de la Justicia al Ministerio de este ramo, equiparando así su régimen al de los demás empleados públicos, quedando regulado en el reformado art. 296 LOPJ.⁹⁹

En tocante a responsabilidad penal, el art. 60 EOMF, se remite a lo regulado para jueces y magistrados en la LOPJ. El procedimiento podrá iniciarse por denuncia o querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal, por providencia del Tribunal competente, o mediante el ejercicio de la acción popular (art. 406 LOPJ). Los fiscales gozan de un fuero especial para su enjuiciamiento que viene determinado en los arts. 57.2 y 73.3 b) LOPJ. El primero de ellos se ocupa de los altos cargos del Ministerio Fiscal cuyo órgano instructor y sentenciador será la Sala 2ª del TS, y el segundo al resto de sus miembros, a quienes corresponde la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de su Comunidad Autónoma¹⁰⁰.

Por último, los fiscales están también sujetos a responsabilidad disciplinaria. El régimen aplicable a los funcionarios del Ministerio Fiscal en este ámbito, se encuentra regulado, a diferencia de la anterior remisión a la LOPJ, en los arts. 61-70 EOMF. Las faltas contempladas en este texto legal se gradúan en muy graves, graves, y leves (tipificadas respectivamente en los arts. 62, 63, y 64 EOMF), estableciendo el art. 66 EOMF, las sanciones correspondientes a las aquellas, que pueden oscilar desde una advertencia a la separación de la carrera, en función de la gravedad de la infracción, exigiéndose expediente contradictorio para ello (art. 68 EOMF). El órgano encargado para la imposición del castigo es distinto según la gravedad de la infracción; en el caso de la separación corresponde al Ministro de Justicia, a propuesta del FG, y con informe favorable del Consejo Fiscal (art. 67.3 EOMF). Este mismo artículo apunta también al sistema de recursos, cuya cúspide ostenta la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Con la promulgación del RMF 2022 las previsiones del anterior en esta

⁹⁹ En realidad, la reforma ha venido a racionalizar una cuestión que, al margen de su poco uso, como se alega en la EM de la Ley Orgánica 7/2015 citada, desde el punto de vista práctico, queda mejor resuelta reclamando directamente al Estado en base a su propia responsabilidad patrimonial, según sostiene MONTERO AROCA, JUAN, *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid 1990, pp. 207-208. El citado autor sostiene que al no formar parte el Ministerio Fiscal del Poder Judicial, no cabe confundir los dos tipos de responsabilidades como ocurría en la legislación ya derogada, MONTERO AROCA, JUAN, *La responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid 1988, p. 106. El RMF 2022 no trata acerca de la responsabilidad patrimonial de los fiscales, a la que dedica una única mención en su preámbulo para manifestar que no se regulará en esa norma.

¹⁰⁰ El art. 57.2 LOPJ establece que la Sala de lo Penal del TS conocerá; “(...) 2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del TS y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del TS, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del TS, Fiscal Europeo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía”. El art. 73.3 b) del mismo texto legal se refiere, sin embargo, al resto de los miembros del Ministerio Fiscal, estableciendo que la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, “(...) b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al TS.”

materia han quedado derogadas habiendo establecido un régimen más garantista acorde con los principios democráticos.¹⁰¹

1.3.1.5. Real Decreto 305/2022 Reglamento del Ministerio Fiscal, de 4 de mayo 2022.

Como ya se ha advertido, en recentísimas fechas, BOE del miércoles 4 de mayo de 2022, ha sido publicado el Real Decreto 305/2022, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal (RMF 2022).

Según el preámbulo del mismo su promulgación resultaba inexcusable. La pervivencia del anterior Reglamento, promulgado durante el periodo autocrático franquista, en 1969, y previo, por consiguiente, a la CE 1978, constituía una “anomalía jurídica” que era preciso corregir.

La labor resultaba precisa para adaptar la norma reglamentaria obsoleta a la configuración institucional que la CE 1978 había dado al Ministerio Fiscal y había después perfilado su Estatuto Orgánico. Sucesivas reformas, entre ellas la más innovadora la de 2007, habían creado un Ministerio Fiscal adaptado al Estado social y democrático de Derecho al que era preciso acomodar un Reglamento en consonancia. Adicionalmente, otras razones de tipo técnico aconsejaban esta reforma: en el Reglamento del Ministerio Fiscal de 1969 se realizaban abundantes remisiones a la LOPJ, cuando las especificidades del órgano de la acusación pública requerían una regulación propia. En este mismo sentido, el Estado de las Autonomías exige también una acomodación reglamentaria debido a las actuaciones concurrentes de distintas administraciones en materia de justicia.

El Reglamento establece un marco normativo nuevo, que consta de una parte introductoria en la que se recoge la caracterización constitucional del Ministerio Fiscal en su Título I: definición, naturaleza constitucional, principios rectores y marco jurídico. En estos apartados se observa una transposición de lo dispuesto por la CE 1878 y el EOMF en referencia a los principios orgánicos y funcionales de la institución. Resulta interesante la caracterización que se ha dado a los actos y procedimientos a realizar por el Ministerio Fiscal, de los que se ocupa el capítulo II, en que se predica su carácter reservado y la presunción de autenticidad de aquellos. Este título prosigue regulando la Inspección Fiscal y el régimen de asistencia a juicios, vistas, comparecencias y visitas de los fiscales, reparto de trabajo, protección de datos personales y régimen de recompensas.

El Título II se ocupa de las categorías, adquisición y pérdida de la condición de fiscal, adaptando su regulación a los derechos de las personas con discapacidad, reservando un

¹⁰¹ La responsabilidad disciplinaria está regulada en el RMF 2022 de forma pormenorizada (arts. 147-160), correspondiéndole un procedimiento propio (arts. 161-179) en el que tiene un papel protagonista la nueva figura, creada por este Real Decreto, del Fiscal Promotor de la acción Disciplinaria (arts.180-182). El nuevo procedimiento contempla un criterio rector innovador para casos de violencia, acoso sexual o discriminatorio por razón de sexo en el trabajo. Igualmente, como se ha dicho, crea una nueva figura denominada Fiscal Promotor de la Acción disciplinaria, que iniciará y tramitará los expedientes una vez el Fiscal Inspector haya realizado una investigación previa o actuaciones preliminares al respecto que le den pie a ello. El Promotor tendrá, en casos de faltas muy graves, la potestad de poder instar la suspensión provisional de funciones del expedientado por un tiempo máximo de seis meses. El RMF 2022 prevé limitaciones al poder del Promotor en garantía del expedientado, y un tiempo máximo para la instrucción de su expediente.

porcentaje de plazas para ellas. Las causas para la pérdida de condición son también tratadas, previendo el procedimiento de rehabilitación para el reingreso en la carrera.

El Título III trata de la provisión de destinos dividiendo éstos entre los de designación directa por el FGE, los de nombramiento discrecional, y los sometidos a concurso reglado, para ello se tendrá en cuenta, en correspondencia con los principios del Estado Autonómico, el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma o del derecho civil privativo de la misma. El título aborda, además, figuras como el desempeño temporal de destino, la comisión de servicios, o la autorización otorgada por el FG a un fiscal a actuar en cualquier parte del territorio nacional, el régimen de desplazamientos de los fiscales, los traslados forzosos y el régimen de sustituciones.

El Título IV se refiere a las situaciones administrativas: servicios especiales y excedencias, introduciendo novedades relativas a supuestos de violencia de género que pudieran sufrir las fiscales fijando una serie de derechos protectores para ellas en esta área administrativa. Se regula minuciosamente la suspensión de funciones y el reingreso en la carrera, particularmente en el caso de nombramiento de signo político.

El Título V desgrana de forma muy pormenorizada el sistema relativo a permisos a disfrutar por los miembros del Ministerio Fiscal, introduciendo novedades sobre cuestiones relativas a violencia de género desde una perspectiva protectora para las fiscales que la sufran, licencias por estudios, o permisos de diversa índole.

El Título VI trata los derechos y deberes de los fiscales: derecho a la salud y seguridad en el trabajo, así como el sistema de honores y tratamientos correspondientes. Especial mención merece en este aspecto la obligación que se exige a los fiscales de manejar herramientas tecnológicas.

En el Título VII se regulan las incompatibilidades y prohibiciones a los miembros del Ministerio Fiscal observando las previsiones previas del EOMF, y previenen, asimismo, el régimen para las autorizaciones de compatibilidad designando al Consejo Fiscal como el órgano decisor de las mismas. La jubilación forzosa, que tendrá lugar a los 70 años, con posible prórroga hasta los 72, es regulada en el Título VIII. El Título IX versa sobre el régimen de responsabilidad disciplinaria y penal de los fiscales, adaptándose la regulación, apunta el Preámbulo del RD 305/2022, de 4 de mayo, a las exigencias de organismos internacionales en tal sentido. La responsabilidad patrimonial, sin embargo, no es tratada en el Reglamento sino que se remite a la LOPJ para tal menester. El procedimiento sancionador es regulado con detalle en el Reglamento. Es de subrayar la creación de un nuevo órgano, el Fiscal Promotor de la Acción disciplinaria, un instructor de las diligencias sancionadoras que actuará tras la preceptiva intervención previa de la Inspección Fiscal, encargada de realizar las actuaciones preliminares que determinarán la existencia de elementos suficientes para poder incoar el expediente disciplinario. Se prevén limitaciones a su labor instructora: puede ser instado a cambiar su propuesta de resolución, o ser requerido para la práctica de nueva prueba, teniendo un tiempo máximo de un año -prorrogable a tres meses más- para la terminación de aquél. Finalmente, el

Título X se refiere al Escalafón del Ministerio Fiscal que deberá publicarse periódicamente en el BOE ¹⁰².

En cualquier caso, es preciso matizar que el Ministerio Fiscal español se encuentra en plena génesis transformadora. La creación de la Fiscalía Europea ha supuesto un esfuerzo adaptativo que se ha materializado en promulgación de la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea; por otra parte, la futura promulgación de la nueva LECr, en tramitación parlamentaria, supondrá otra importante remodelación vía la intensa reforma del EOMF. Por consiguiente, si bien todas estas reformas conducen a un órgano que ve incrementadas de forma notable sus funciones, y por consiguiente su importancia, dotándose paralelamente de nuevas garantías, resulta imposible predecir cómo evolucionará en un futuro, encontrándonos en un momento clave de la institución.

1.3.2. Estructura orgánica del Ministerio Fiscal.

1.3.2.1. Introducción.

El art. 12 EOMF enuncia los órganos del Ministerio Fiscal¹⁰³ con cierta incorrección, pues confunde órganos y estructura jerarquizada con otros como la Junta de Fiscales y el Consejo Fiscal que cuentan con miembros plurales y competencias definidas.¹⁰⁴ A mayor abundamiento, del listado de órganos enumerados en el citado artículo, el FG, el Consejo Fiscal, la Junta de fiscales de Sala, y la de Fiscales superiores de las Comunidades Autónomas, ninguno

¹⁰² El último Escalafón General de la Carrera fiscal, cerrado a 15 de marzo de 2021, fue publicado en el BOE en fecha 23 de marzo de 2021 (Resolución de 16 de marzo de 2021, de la Dirección General para el Servicio Público de la Justicia). Es de señalar que, en fecha muy reciente, (BOE de 4 de mayo de 2022) se ha publicado el Real Decreto 306/2022, de 3 de mayo, pro el que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes. Dicha ampliación pretende paliar el déficit estructural de la institución ante la asunción de cada vez más funciones por parte del Ministerio Fiscal, además de su participación en el proceso penal. El Decreto cita entre aquellas las que le exige la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que aumenta la carga de trabajo sobre el Ministerio Fiscal por tomar parte en la protección de los menores en un nuevo ámbito. También la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma civil y procesal de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto nuevas funciones para el Ministerio Fiscal y una consiguiente mayor carga de trabajo. El dato más actualizado sobre el número de efectivos del Ministerio Fiscal, lo proporciona este Real Decreto: 2.613 miembros.

¹⁰³ El art. 12 EOMF establece;

Son órganos del Ministerio Fiscal:

- a) El Fiscal General del Estado.
- b) El Consejo Fiscal.
- c) La Junta de Fiscales de Sala.
- d) La Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas.
- e) La Fiscalía del Tribunal Supremo.
- f) La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- g) La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- h) Las Fiscalías Especiales.
- i) La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal.
- j) La Fiscalía Jurídico Militar.
- k) Las Fiscalías de las Comunidades Autónomas.
- l) Las Fiscalías Provinciales.
- m) Las Fiscalías de Área

¹⁰⁴ En las consideraciones previas que efectúa GRANADOS CALERO, FRANCISCO., *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro*, *op.cit.*, pp. 102-104, en referencia a los órganos del Ministerio Fiscal, advierte de esta circunstancia, por la existencia en el listado de órganos colegiados tales como la Junta de Fiscales, o el Consejo Fiscal, o por el hecho de que, en realidad, sostiene el autor, el FG al ser también el Jefe directo de la Fiscalía del TS, está ejerciendo, en esa condición, más que una jefatura, una función en dicha sede judicial.

ejerce funciones en los tribunales de Justicia, a diferencia del resto de los allí enunciados. Es preciso mencionar, dentro del ámbito organizativo del Ministerio Fiscal, la relevancia que tuvo la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica el EOMF, al incrementar la autonomía del Ministerio Fiscal y su participación, fomentar su especialización y su implantación territorial. La reforma incluyó interesantes previsiones en orden a dotar de autonomía financiera al Ministerio Fiscal determinando que se designaran partidas presupuestarias específicas a la Fiscalía del Estado (art. 72.3 EOMF), y otras tendentes a la modernización, racionalización y especialización del Ministerio Fiscal. La creación de la Unidad de Apoyo (art. 13.1 y 13.4 EOMF), y diversas novedades introducidas en aquella ley permitieron una especialización más apurada y una modernización del órgano ejecutor de la acción penal. Supuso también una gran concreción y clarificación de los ámbitos de competencia y funciones de distintas categorías de jefatura, y, en particular, de las Fiscalías Especiales y en los Fiscales Delegados, actualizando supuestos de su competencia.¹⁰⁵

1.3.2.2. Fiscal General del Estado.

El FG es el órgano supremo del Ministerio Fiscal (art. 12 a) EOMF). Establece el art. 22.2 EOMF que el FG “ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español”, igualmente detenta la jefatura de la Fiscalía del TS, (art.17.1 EOMF), dirige la FGE, (art. 13.1 EOMF), preside el Consejo Fiscal, (art. 14.1 EOMF), la Junta de Fiscales de Sala, (art. 15.1 EOMF), y la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, (art. 16 EOMF).

El procedimiento de nombramiento “por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial” viene recogido en el art. 29 EOMF, que describe las características que ha de tener el candidato: “eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”. Las cualidades del candidato deberían centrarse solo en su idoneidad, determinada por los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Sin embargo, la experiencia indica que la elección se hace con criterio partidista, por afinidad ideológica, hecho que puede lastrar la imparcialidad del Ministerio Fiscal, máxime si la potestad del Gobierno de removerlo pesa sobre su capacidad de toma de decisiones.¹⁰⁶ Un grado de sintonía entre el FG y el Gobierno, que facilite una buena coordinación y colaboración para transmitir las directrices de la política criminal de aquel, parece necesario, pero resulta peligroso para la imparcialidad. El nombramiento del FG ha sido tradicionalmente el eje de atención de la doctrina al tratar el tema de la autonomía del Ministerio

¹⁰⁵ Las principales novedades de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, son estudiadas por MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 490-513.

¹⁰⁶ La realidad polémica de la institución es mencionada por AULET BARROS, JOSE LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España*, op.cit., pp. 643-646, que repasa titulares que evidencian el grado de parcialidad e implicación política que sufre la FG, que el autor achaca al “estatismo” propio del derecho continental. El nombramiento del FG por parte del Gobierno en absoluto puede considerarse un acto de Administración, sino uno de naturaleza política acordado por aquél, manifiesta LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, op.cit., pp. 407-410, y excluido como tal del control jurisdiccional salvo en lo referente a los requisitos exigidos en el art. 29 EOMF (juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo en su profesión). Sin embargo, su cese si sería judicializable en la vía contencioso-administrativa toda vez que las causas de remoción que contempla el art. 31 EOMF, tras la reforma operada en 2007, lo justificarían, pudiendo fiscalizarse, por ejemplo, el eventual incumplimiento grave o reiterado de sus funciones (art. 31.1.d EOMF). No obstante, como el propio autor afirma, sostener esta posibilidad podría ocasionar la difícil cuestión de dilucidar hasta dónde llega la dirección política interior del Gobierno, estableciendo en la práctica una línea difícil de definir entre la decisión constitucionalmente legítima y la vulneración de la legalidad.

Fiscal. Sin embargo, no parece ser dicho mecanismo el único escollo para la pretendida autonomía.¹⁰⁷

La Ley 21/2007 de 9 de octubre, de reforma del EOMF¹⁰⁸ introdujo ciertas mejoras relativas a la autonomía del FG, pero manifiestamente insuficientes. Se han propuesto diversos mecanismos correctores para que el nombramiento fuere más equilibrado y compartido, incluyendo la participación del Parlamento¹⁰⁹, pudiendo intervenir el Consejo Fiscal con vetos temporales o informes vinculantes, o exigencia de motivación, que sirviesen como contrapeso a aquellos grandes poderes que ostenta el FG. Las facultades jerárquicas de que disfruta se traducen también en la propuesta de nombramientos relevantes en la carrera fiscal¹¹⁰ y naturalmente, en la potestad de mando.

Las propuestas de nombramiento, reforzadas por Ley 21/2007 de 9 de octubre de reforma del EOMF, son uno de los medios más poderosos del FG, ya que le permiten configurar unos órganos -los más importantes de la carrera fiscal- afines ideológicamente, y, por tanto, políticamente, al Gobierno.

La potestad de mando, característica de la supremacía jerárquica se materializa en el art. 25 EOMF, según el cual el FG, “podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (...)”, imponiéndose la cautela de que si “dichas instrucciones se refieren a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el Fiscal General deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala”. Dichas órdenes, instrucciones o comunicaciones, se efectúan a través del superior jerárquico del miembro del Ministerio Fiscal a quien concierna, salvo por razones de urgencia.¹¹¹

Las ordenes o instrucciones de “carácter general” no suponen, en principio, ningún riesgo para la imparcialidad y el respeto a la legalidad, sobre todo, considerando el

¹⁰⁷ La excesiva importancia, tanto doctrinal, como práctica, que se ha otorgado al FG, según RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “Garantías de autonomía del Ministerio Fiscal. Una asignatura pendiente en el desarrollo del estado constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 9737/2020, ha desdibujado el Ministerio Fiscal en su conjunto, por el intenso debate que ha generado respecto a su imparcialidad y sus implicaciones políticas, así como por su gran capacidad de toma de decisiones que afectan notablemente a la organización interna del Ministerio Fiscal, lo cual, le ha situado en lo que el autor denomina una evidente fragilidad institucional.

¹⁰⁸ Según indica RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO MATEOS, “Otra vez sobre la aprobación de una nueva Ley Procesal Penal y la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 9666/2020, introdujo novedades relativas al proceso de nombramiento (29.2 EOMF), limitación temporal del mandato (art. 31 EOMF) causas de cese (art. 31.1 EOMF) y prohibición de renovación (art. 31.2 EOMF). Un análisis muy pormenorizado de la citada reforma por MARTÍN PASTOR, JOSÉ, “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 14/2008.

¹⁰⁹ Esta participación es considerada de suma importancia por FERNÁNDEZ APARICIO, JUAN MANUEL, “El Ministerio Fiscal en su relación con el Poder Legislativo” *Revista de Derecho*, núm.1/2007.

¹¹⁰ Es el FG quien propone el nombramiento de altos cargos dentro de la institución: los correspondientes a la categoría primera, fiscales del TS, Superiores de las Comunidades Autónomas, y fiscales Jefes, tenientes fiscales y “de los fiscales que integren la pantalla de todos aquellos órganos cuyo jefe pertenezca a la categoría primera”, (art. 36.1 EOMF). Nombra los fiscales Decanos en las Secciones de las Fiscalías donde existan, (art. 36.4 EOMF), y los Delegados en las fiscalías especiales, (art. 19.5 EOMF).

¹¹¹ Respecto a la forma de materializar las órdenes o instrucciones, ALAMILLO CANILLAS, FERNANDO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento, op.cit.*, p. 52, distingue entre las circulares, que se utilizan para establecer criterios generales, las instrucciones, para cuestiones de menor relevancia o alcance, existiendo también, notas de servicio para cuestiones de régimen interior.

asesoramiento técnico que prestan al FG órganos como el Consejo Fiscal o la Junta de Fiscales de Sala, (art. 14 EOMF). No obstante, todo tipo de ordenes o instrucciones, emanadas de los órganos superiores en jerarquía, deberían constreñirse a lo estrictamente necesario para la operatividad del principio de unidad de actuación.

No ocurre lo mismo con las órdenes o instrucciones concretas que del FG, que pueden, incluso, ser verbales y no terminantes, sobre todo en asuntos relevantes y que, en particular, estén relacionadas con lo que se ha denominado criminalidad política¹¹².

Se ha propuesto *lege ferenda* la supresión de las órdenes o instrucciones particulares del Gobierno al FG, o, en su defecto, como ha ocurrido en Francia,¹¹³ que las mismas fueran por escrito, razonadas, y comunicadas al Consejo Fiscal. Así se obtendría transparencia y publicidad y se frenaría la arbitrariedad. La existencia de estas órdenes o instrucciones particulares, de por sí, no tienen por qué ser espurias, pero lo característico de un régimen democrático es la interdicción también de la apariencia de parcialidad. Se han propuesto, incluso, soluciones más radicales de reforma constitucional para garantizar la imparcialidad de este máximo órgano.¹¹⁴

1.3.2.3. Fiscales Jefes.

El art 22.5 EOMF establece, con carácter general, las funciones del fiscal Jefe; “El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.”

Además de los fiscales jefe, en cada Comunidad Autónoma existe un Fiscal Superior, (art. 22.4 EOMF), que, “además de dirigir su Fiscalía, actuará en todo el territorio de la

¹¹² La reforma del EOMF de 2007 incluyó un trámite en el art. 25 EOMF para las instrucciones en este supuesto “Cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el Fiscal General deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala” a modo de previsión para dar publicidad a las mismas y reforzar aquéllas. No obstante, se trata de una garantía de dudosa efectividad porque, a la postre, la Junta estará conformada por miembros designados por el Gobierno a propuesta del FG, afines, por tanto, a aquél.

¹¹³ En el país vecino, la institución del Ministerio Fiscal está experimentando una evolución, arguye DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, *op.cit.* pp. 124-130, que conduce, según sostiene el autor, a posible reforma de aquella. El motivo que impulsa la misma es una creciente politización de la justicia, identificando la política criminal y el estatuto del Ministerio Fiscal como los temas sobre los que es preciso realizar reformas para afrontar este problema. Las características típicas del Ministerio Fiscal francés, observa, MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, *op.cit.* pp. 55-61, son dependencia jerárquica y unidad, encontrándose bajo la autoridad del Ministro de Justicia. La dependencia supone la obligación de obedecer las órdenes e instrucciones del superior jerárquico, pudiendo ser sancionado en caso contrario. Ahora bien, los actos del fiscal desobediente a aquellas seguirán siendo válidos. A pesar del deber de obediencia, el fiscal francés, como el español, goza de la libertad de palabra, de forma que en sus expresiones orales podrá manifestar su disconformidad con las órdenes recibidas, no obstante proceder a su cumplimiento. Una reforma del año 1993, recuerda la autora DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa, Association de recherches pénales européennes* (ARPE), EJUS, Zaragoza 2000, p. 268, estableció que las instrucciones del Ministro de Justicia, cúspide de la jerarquía del Ministerio Fiscal en el sistema francés, deberían hacerse por escrito y quedarían unidas al sumario, denominado en el país vecino *dossier*, (art. 36.1 CPP francés).

¹¹⁴ Se ha apuntado al cambio de la forma de designación del FG sería la fórmula más beneficiosa para evitar interferencias o injerencias del Ejecutivo en su labor. Así TAJADURA TEJADA, JAVIER, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 134-136, propone, en línea con una idea extendida en tal sentido, que debería modificarse el art. 124 CE para que el nombramiento de aquél se efectuara por una mayoría cualificada del 3/5 del Congreso de los Diputados y el periodo de su nombramiento excediese del propio de la legislatura (5 o 6 años, por ejemplo). Dicha reforma, razona, estaría justificada por la relevancia de las funciones que lleva a cabo dicho órgano constitucional.

Comunidad Autónoma correspondiente, asumiendo en el mismo la representación y la jefatura del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal General del Estado” y que tiene atribuidas las funciones que enumera el artículo, remitiéndose, además, a los arts. 21, 25, 26 y 11.2 del mismo texto legal. Por su parte, el art. 11.2 EOMF señala otra serie de funciones en relación con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en paralelo con las del FG respecto a las Cortes Generales.

El art. 36.1 EOMF hace referencia a la posible existencia de los Consejos de Justicia de la Comunidad Autónoma al señalar, en el caso de que éstos estén previstos en los Estatutos de Autonomía, que deberán ser oídos antes de nombrar al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma. Algunos autores han criticado que las atribuciones de este cargo pueden suponer una “federalización del Ministerio Fiscal”, que perjudicaría a su unidad de actuación. En los proyectos de reforma del Estatuto Vasco de 1995 se proponía que fuese el Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma quien nombrase el Fiscal Superior¹¹⁵.

El art. 22.5 EOMF enumera las funciones correspondientes a los fiscales jefe de cada órgano, consistentes, en labores organizativas, disciplinarias y de reconocimiento a la labor de sus subordinados.¹¹⁶

De entre estas funciones, la del reparto de trabajo, puede suponer, para quien ostenta la jefatura, un instrumento que le otorga un gran poder, y eventualmente, un peligroso ámbito de arbitrariedad donde ejercitar favoritismos y aversiones, dada la inexistencia de unos puestos de trabajo definidos, objetivos y prefijados.¹¹⁷

¹¹⁵ En la reforma acometida se regulaba la creación de un auténtico Poder Judicial vasco propio, como señala VÍRGALA FORURIA, EDUARDO, “La reforma territorial en Euskadi; Los planes Ibarretxe I (2003) y II (2007)” *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 54-55/2006, lo que acarrearía, en un posterior momento, la regulación orgánica del correspondiente Ministerio Fiscal vasco. De esta manera, la Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi (Ajuria-Enea, 25 de octubre de 2003) preveía dentro del capítulo tercero, dedicado al Poder Judicial, un Tribunal Superior de Justicia de Euskadi, que culminaría la estructura judicial en dicho territorio, agotando todas las instancias procesales en todas las jurisdicciones (art. 26.1) sin perjuicio de la jurisdicción del TC (art. 26.4), así como la creación de un Consejo Judicial Vasco (art. 27). En lo relativo al Ministerio Fiscal, remitía su organización y funcionamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, a una posterior Ley del Parlamento Vasco (art. 28.1), y determinaba que la elección del Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi, correspondería al Consejo Judicial Vasco, así como la propuesta de nombramiento y de carrera de fiscales para su designación por dicho órgano (art. 28.2).

¹¹⁶ El art. 22.5 EOMF establece estas funciones “a) Organizar los servicios y la distribución del trabajo entre los Fiscales de la plantilla y la adscripción de los componentes de la Sección de Menores, oída la Junta de Fiscalía. b) Conceder los permisos y licencias de su competencia. c) Ejercer la facultad disciplinaria en los términos que establezcan el presente Estatuto y su reglamento. d) Hacer las propuestas de recompensas, de méritos y las menciones honoríficas que procedan. e) Las demás facultades que este Estatuto u otras disposiciones le confieran.”

¹¹⁷ El Decreto 437/1969 de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, regulaba el régimen de discrepancia del fiscal respecto a este reparto “Los funcionarios Fiscales cumplirán cuanto el Fiscal Jefe disponga respecto a la distribución del trabajo. No obstante, podrán exponer a dicho Fiscal Jefe observaciones fundadas relativas a tal distribución si se considerasen perjudicados por falta de equidad en la misma. Cuando se produzca este caso, el Fiscal estudiará las observaciones formuladas, pudiendo oír a los demás funcionarios Fiscales de la Fiscalía, y de la resolución que acuerde dará cuenta al Consejo Fiscal, el cual podrá modificar aquélla, acordando, además, cuanto estime oportuno” (art. 110). En fechas coetáneas a la terminación de este trabajo se ha promulgado el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal, que deroga el anterior texto reglamentario, que ya se ha examinado. El nuevo texto, de forma extraordinariamente sucinta, se refiere al reparto del trabajo en su art. 20, habiendo lamentablemente renunciado a establecer unos mínimos al respecto. Ya se ha indicado cómo en la práctica la distribución de módulos de trabajo puede suponer una herramienta muy potente en manos de los Fiscales Jefes que se presta a abusos y arbitrariedades. Aun reconociendo que es preciso encontrar un punto de equilibrio entre la flexibilidad de la auto-organización de las fiscalías y la certidumbre de unos módulos de trabajo prefijados, no parece adecuada la ausencia de criterios básicos al respecto por la que ha optado el nuevo Reglamento. Las menciones que efectúa el artículo citado sobre la “distribución transparente y equitativa del trabajo entre la plantilla de la fiscalía”, sin mayores especificaciones, no dejan de ser un brindis al sol.

En paralelo con las funciones del FG, los Fiscales Jefes disponen de potestad de mando sobre sus subordinados, impartiendo órdenes e instrucciones a éstos, tanto de carácter general, como específicas, y la facultad de efectuar propuestas de nombramientos de ciertos cargos.

1.3.2.4. Fiscalías de las Comunidades Autónomas y Fiscalías Provinciales.

El art. 18 EOMF se ocupa de la forma de constituir y organizar las Fiscalías, y en su tercer apartado, de la organización de las fiscalías de las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) y de las Audiencias Provinciales. Se establecen como integrantes de las mismas su Fiscal Jefe, teniente fiscal, fiscales decanos en función del tamaño y volumen de trabajo de la fiscalía, y los demás fiscales que vengán determinados en su plantilla. Podrán contar con secciones especializadas, algunas con carácter obligatorio, como son, la de Menores, la de Violencia sobre la Mujer y otras, si se dan determinadas circunstancias especificadas en el artículo.

También, en determinadas circunstancias que recoge el art. 18.4 EOMF podrán existir las fiscalías de Área, organismo infra provincial, cuyo propósito es coincidir con la ubicación de órganos jurisdiccionales no radicados en la capital, y que estarán dirigidas por un fiscal Jefe y el número que por plantilla se determine de fiscales. “Las Fiscalías de Área asumirán el despacho de los asuntos correspondientes al ámbito territorial que prevea la norma que las establezca, que podrá comprender uno o varios partidos judiciales” añade el artículo mencionado.¹¹⁸ En supuestos de dispersión geográfica podrán existir las Secciones Territoriales de la Fiscalía Provincial, y estarán integradas por un fiscal Decano y el resto de fiscales que se determinen en la plantilla.

¹¹⁸ El art.18 EOMF dispone la forma de organización de las fiscalías estableciendo una serie de reglas, distribuyendo los diferentes órganos en un orden decreciente, comenzando por las fiscalías ante el TC, Tribunal de Cuentas, Audiencia Nacional y Fiscalías Especiales a los que asigna una serie de miembros de la plantilla del Ministerio Fiscal. A continuación, enumera la composición de órganos y fiscales pertenecientes a la Fiscalía Jurídico Militar, para proseguir con las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y Provinciales, haciendo una referencia a las conexiones con el ejecutivo autonómico alusivo a los medios materiales que corresponden competencialmente a éstos. El apartado cuarto de la disposición establece que, dependiendo de ciertas circunstancias, se podrán crear Secciones especializadas en estas Fiscalías, siendo la de Menores obligatoria en las Fiscalías Provinciales y en la de la Audiencia Nacional, y la de Violencia contra la Mujer en las Fiscalías Provinciales. Las Secciones de Seguridad Vial y Siniestrabilidad Laboral, serán potestativas para las Fiscalías Provinciales, existiendo una Sección de Medio Ambiente. Finalmente, cabe la creación de las llamadas Fiscalías de Área, obligatorias allá donde exista una Sección desplazada de la Audiencia Provincial, o incluso de Secciones Territoriales de la Fiscalía Provincial para atender a uno o más partidos de una misma provincia. Todas estas fiscalías y Secciones Territoriales, así como sus plantillas, se fijarán por Real Decreto. En efecto, entre las funciones encomendadas al Consejo Fiscal en el art. 14.4 EOMF, se encuentra la de asesorar al FG en cuantas materias éste le someta (art. 14.1 b EOMF), y también a elevar a aquél cuantas peticiones y solicitudes relativas a su competencia consideren oportunas (art. 14.1 k EOMF). Examina la fiscalía de Área PUJAL SÁNCHEZ, NEUS, “Las fiscalías de Área”, *Revista digital de la Unión Progresista de Fiscales*, núm. enero/2011, Acceso electrónico de la revista: <https://www.upfiscales.com/2011/01/las-fiscalias-de-area/>.

1.3.2.5. El Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Junta de Fiscales Superiores de las CCAA.

El Consejo Fiscal, cuyos miembros y funciones vienen recogidos en el art. 14 EOMF, está configurado como un órgano de asistencia al FG, aunque con facultades decisorias en determinadas materias (régimen disciplinario e incompatibilidades) o con el objeto de instar reformas¹¹⁹. Su presidente es el FG, y lo forman el Teniente Fiscal del TS, el Fiscal Inspector Jefe y nueve fiscales de cualquier categoría, elegidos por un periodo de cuatro años, entre los miembros del Ministerio Fiscal en servicio activo¹²⁰. Su regulación se desarrolla en el Real Decreto 437/1983, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal.

La Junta de Fiscales de Sala es otro órgano de apoyo de la FGE cuya labor consiste en asistencia en materia doctrinal y técnica “en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga, que el Fiscal General del Estado estime procedente someter a su conocimiento y estudio, así como en los supuestos previstos en el artículo veinticinco de este Estatuto”, según establece el art. 15 EOMF. Está integrada por el Teniente Fiscal del TS y los fiscales de Sala, presidida por el FG.

Para armonizar la organización de la Fiscalía General con la organización territorial del Estado, existe la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, regulada en el art. 16 EOMF, con la función fundamental de "asegurar la unidad y coordinación de la actuación de todas las fiscalías en el territorio del Estado”.

¹¹⁹ El art. 14.4 EOMF establece que corresponde al Consejo Fiscal:

- a) Elaborar los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos.
- b) Asesorar al Fiscal General del Estado en cuantas materias éste le someta.
- c) Informar las propuestas pertinentes respecto al nombramiento de los diversos cargos.
- d) Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la carrera fiscal.
- e) Resolver los expedientes disciplinarios y de mérito que sean de su competencia, así como apreciar las posibles incompatibilidades a que se refiere este Estatuto.
- f) Resolver los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal.
- g) Instar las reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función fiscal.
- h) Conocer los planes anuales de la Inspección Fiscal.
- i) Conocer e informar los planes de formación y selección de los Fiscales.
- j) Informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. A estos efectos, el Consejo Fiscal deberá emitir el informe correspondiente en el plazo de treinta días hábiles. Cuando en la orden de remisión se haga constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días hábiles.
- k) Dirigir al Fiscal General del Estado cuantas peticiones y solicitudes relativas a su competencia se consideren oportunas.

¹²⁰ Como consecuencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (Disposición Adicional 4ª) se modificó el art.14 EOMF indicando que se integrará “(...) en el seno del Consejo Fiscal una Comisión de Igualdad para el estudio de la mejora de los parámetros de igualdad en la carrera fiscal (...)”.

1.4. Relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes del Estado.

1.4.1. Introducción.

La naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina no existiendo un consenso acerca de la misma¹²¹. Se trata de una cuestión bajo la que subyace la concepción del reparto de poderes del Estado y el equilibrio entre los mismos. La CE no dio una solución al debate, por más que, todo indica que colocó el Ministerio Fiscal en el entorno del Ejecutivo, como tampoco lo hizo el posterior EOMF 1981 que lo integró “con autonomía funcional en el Poder Judicial”. Últimamente, el objeto del estudio no se ha centrado tanto en la ubicación de la institución, sino el tipo de relaciones que tiene con otros poderes del Estado.

La constitucionalización del Ministerio Fiscal es un dato de especial transcendencia, sin embargo, la descripción de la institución que realiza la CE, como por otra parte ocurre en constituciones de nuestro entorno jurídico, si bien no generalizada, no deja de plantear problemas. La regulación constitucional española del Ministerio Fiscal ha sido según algunos autores, intencionadamente indeterminada¹²², por lo que precisa interpretación doctrinal para fijar su naturaleza y encontrar su imbricación entre los poderes del estado.

La descripción, de carácter básico, supone que su desarrollo posterior queda protegido por una reserva constitucional. Según la teoría constitucional, el Ministerio Fiscal no forma parte de los tres poderes clásicos¹²³, pero no deja de ser una pieza fundamental de la organización del estado, con la particularidad añadida de su doble consideración de órgano administrativo -inserta en el Ministerio de Justicia, de quien recibe su financiación- y de órgano de la legalidad y justicia.

El diseño del Ministerio Fiscal va más allá de ser un órgano técnico de carácter procesal, pues actúa en áreas que rebasan la discrecionalidad técnica. En el constitucionalismo moderno las constituciones no se limitan a recoger cómo se ejerce el poder y por quién se

¹²¹ Este problema es uno de los más característicamente tratados por la doctrina al que se refiere LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, op.cit., pp. 164-169, al afirmar que su ubicación constitucional específica determinará la naturaleza jurídica de este órgano constitucional, si bien, matiza después, que la idea de incardinar dentro de un poder específico del Estado, cualquier órgano de éste es una idea obsoleta superada por la realidad. El debate sobre la ubicación del Ministerio Fiscal en relación a los poderes clásicos del Estado es un lugar común en la doctrina, según manifiesta TORRES DULCE LINFANTE, EDUARDO, “El fiscal”, AAVV, (Coord. DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA), *El oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid 2006, p. 77, que añade que dada su indefinición supone un problema que causa disfunciones, desajustes en la carrera fiscal, prestándose además a la utilización partidista de los políticos.

¹²² La indefinición con la que se describió constitucionalmente el Ministerio Fiscal es, responde, según MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., p. 101, a la intención de no realizar un diseño cerrado.

¹²³ La verdadera configuración del Ministerio Fiscal no responde tanto a la clásica división de poderes, como a la pretensión de la CE de situarlo entre esos poderes. Sostiene MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 127-166, que el hecho de haber sido ubicado en el Título VI, correspondiente al Poder Judicial, no indica para nada la dependencia de éste, sino que obedece a razones derivadas del lugar donde el Ministerio Fiscal desarrolla su función como órgano cooperador de la Justicia. En realidad, no era posible ubicarlo en ningún otro lugar manteniendo la tradición histórica, habiendo sido mucho menos viable hacerlo en el correspondiente al Gobierno y la Administración, pues no forma parte ni de uno ni de otro. De hecho, señala el autor, el Ministerio Fiscal tan solo en algunas constituciones, por ejemplo, la de Hungría (1949) y la Eslovaquia (1992) se regula en una sección o título propio, y es concebido como un órgano del Estado. En cualquier caso, manifiesta el autor su ubicación no va a tener transcendencia sobre su naturaleza (lo discute LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, op.cit., p. 216), ya que su situación en el Título VI es meramente funcional.

ejerce, sino también el fin con el que se hace, cuáles son los objetivos para materializar los valores superiores del ordenamiento jurídico, para que sean reales y efectivos, y la obligación de los órganos del Estado para alcanzar esos fines¹²⁴. Así la defensa de la legalidad no resulta algo neutro, inerte, sino que se encuentra imbuida en la consecución de esos valores superiores.

El Ministerio Fiscal, que es un órgano de garantía y constitucional del Estado, es también un instrumento esencial del sistema político y se encuentra organizado administrativamente, pero sin estar encuadrado en el aparato funcional de la Administración, ya que goza de un reconocimiento constitucional que le otorga una configuración propia. El Ministerio Fiscal es, además, un órgano estatal notoriamente centralizado, de competencia exclusiva del Estado, y no desconcentrado, pues sus funciones corresponden a fines generales de carácter estatal.

Observada históricamente la institución, se aprecia una tendencia progresiva a unas mayores cotas de autonomía funcional respecto al Poder Ejecutivo, que se ve acelerada, especialmente, en periodos posteriores a regímenes autoritarios, siendo paradigmático el caso de Italia, donde, tras el régimen fascista y tras la II Guerra Mundial, el Ministerio Fiscal se separó absolutamente del Poder Ejecutivo.¹²⁵

La consideración del Ministerio Fiscal como órgano del Estado con una determinada posición jurídico-política determinará, a su vez, su ubicación institucional. Tradicionalmente, se ha entendido como un órgano dependiente del Ejecutivo y encuadrado en él. Desde esta perspectiva sus funciones debían ser forzosamente ejecutivas y encontrarse bajo la dependencia y dirección del Gobierno. Su concepción actual es mucho más compleja y peculiar. El Ministerio Fiscal realiza funciones que resultan indispensables para el estado de Derecho y su sistema de garantías, con objetivos que son afines a los del Estado, compartiendo con éste la defensa de la legalidad.

1.4.2. El Ministerio Fiscal en el entorno del Gobierno.

A pesar de tratarse de una teoría problemática y que admite muchos matices, la ubicación del Ministerio Fiscal en el entorno del Gobierno es la que mejor explica la estrecha relación que éste mantiene con el Ejecutivo, si bien conlleva el reconocimiento de una pulsión entre el principio de jerarquía vinculado al órgano de gobierno, y las funciones y principios que regulan al Ministerio Fiscal. La desconfianza y el desprestigio social hacia el Ejecutivo, así como la subordinación histórica del Ministerio Fiscal a aquel, explican el anhelo de una mayor autonomía e independencia de esta institución.

¹²⁴ Esta visión amplia de las funciones de las modernas constituciones la defiende FLORES PRADA, IGNACIO, *El Ministerio Fiscal en España*, op.cit., pp. 333 y ss.

¹²⁵ Inmediatamente después de la conflagración bélica expone DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar*, op.cit., pp. 115-119, y recogiendo un debate anterior incluso a la era fascista, se planteó en Italia la necesidad de desvincular al Ministerio Público de la dependencia del Gobierno. Ya antes de la promulgación de la CI 1947, se aumentó la autonomía del Ministerio Fiscal por un Real Decreto de 1946, y fue en la carta magna donde se alcanzó la independencia de aquel. Las razones del constituyente italiano, sostiene el autor, estaban más basadas en el temor a una posible utilización partidista por los gobiernos de centro-derecha, que por haber atravesado un periodo histórico de autoritarismo. La consecuencia de esta independencia del Ministerio Público, se ha traducido, según MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., pp. 62-63, en una desvinculación jerárquica de los miembros de la institución. A título de ejemplo cita el derecho de avocación por parte del Procurador General, sometido a estrictas causas tasadas, con adicional exigencia de motivación e información.

A pesar de todo ello, la vinculación es innegable y obedece a razones históricas. Esta subordinación en el pasado más remoto de la institución y hasta épocas recientes, ha sido absoluta. Ahora bien, el Estado moderno se caracteriza por la existencia de poderes diversos, con funciones complejas, y que deben llevarlas a cabo en términos de colaboración y coordinación. Desde esta perspectiva deben entenderse las relaciones entre Ministerio Fiscal y Ejecutivo, y no en términos de subordinación, como en el pasado.

En el momento de ubicar el Ministerio Fiscal dentro de la estructura del estado, casi toda la doctrina toma como referencia la división de poderes. MORENO CATENA afirma al respecto, que resulta inconcebible un Ministerio Fiscal independiente del resto de poderes del Estado, sería si no algo así como un “cuarto poder” desvinculado de los demás, entre otras razones porque no ostenta en España el monopolio de la acción penal.

La doctrina se refiere más que a ubicación, a proximidad o cercanía a un entorno determinado dentro de la clásica división de poderes y a la clase de relaciones que desarrolla con ellos, un concepto, por tanto, mucho más complejo e indeterminado¹²⁶. La CE y el EOMF han configurado un Ministerio Fiscal dotado de una notable autonomía funcional, sin referencias directas ya a su vinculación con el Ejecutivo, pero vinculado a éste por el modo de designación del FG, así como el de los altos cargos de la institución, que, merced al principio de dependencia jerárquica, disponen de un amplio poder sobre el conjunto del Ministerio Fiscal.

Ligado a la relación del Ejecutivo con el Ministerio Fiscal, encontramos el problema de la legitimación democrática de éste. En diversos ordenamientos jurídicos la solución a este problema es diferente; desde la elección democrática de los fiscales en EEUU¹²⁷, la pertenencia al Ejecutivo en Francia¹²⁸, o el estatus judicial del que gozan en Italia¹²⁹. En el caso español, la

¹²⁶ El modelo de Ministerio Fiscal en la CE es una cuestión muy debatida por la doctrina. En este trabajo se hace un estudio de la misma en el punto 1.4 que trata de las relaciones de este órgano con los citados poderes. Lo cierto es que para encontrar en qué lugar se puede colocar esta institución en el conjunto de los poderes del Estado, la mayoría de la doctrina toma la referencia de la clásica división de poderes. Así diversos autores en trabajos monográficos sobre la institución utilizan este criterio; entre ellos MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 137-166, LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, op.cit., pp. 21-239, DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, op.cit., pp. 147-153, o MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., pp.109-118. Ciertamente, ninguna de las ubicaciones clásicas es satisfactoria para explicar sin contradicciones la naturaleza del Ministerio Fiscal y se puede concluir con ALAMILLO CANILLAS, FERNANDO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento*, op.cit., pp. 15-20, que, en realidad, se trata de un órgano del Estado dotado de independencia funcional con respecto a cualquier otro órgano, y sujeto a los principios de imparcialidad y legalidad, procurando el equilibrio entre los llamados poderes clásicos. En igual sentido LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, op.cit., pp. 203-205. A pesar de las garantías de sujeción a la legalidad e imparcialidad del MF, no cabe duda, sostiene BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, *Lecciones de Derecho constitucional*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga 2014, p. 76-77, de que la dependencia jerárquica de todos sus miembros respecto FG, nombrado a propuesta del Gobierno (y del CGPJ), “lo convierte de facto en una figura de clara referencia del Poder Ejecutivo.”

¹²⁷ El fiscal norteamericano, agente público de la Administración, obtiene su legitimación según DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar*, op.cit., pp. 51-66, de una institución en virtud de la cual (*delegation doctrine*) los poderes de la Administración son aquellos que le haya delegado el Legislativo, un equivalente, podríamos afirmar, al principio de legalidad continental. En otros casos la legitimidad, cita MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 76-81, vendría dada de la elección democrática popular de algunos cargos, tales como el Fiscal de Distrito, o la autorización del Senado para que el presidente nombre los fiscales de Distrito Federales.

¹²⁸ En el país galo todos los miembros del Ministerio Fiscal dependen jerárquicamente del Ministro de Justicia, que ejerce su autoridad sobre los procuradores generales, señala MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 55-61, con facultades para dar órdenes que, si el funcionario incumple, pueden dar lugar a responsabilidad. Los fiscales son, además, representantes del Poder Ejecutivo. El autor, basándose en la doctrina del país vecino, alude a que la independencia de la institución se produce cuando actúa como órgano de legalidad, no en relación a su dependencia jerárquica.

legitimación, sostienen quienes defienden la vinculación del Ministerio Fiscal y el Ejecutivo, vendría vía el nombramiento del FG y los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación, o simplemente, de la sumisión a la ley del Ministerio Fiscal¹³⁰. La legitimación democrática del Ministerio Fiscal viene exigida por el elevado margen de discrecionalidad del que dispone este órgano en su trabajo de integrar normas jurídicas y situaciones de hecho que van más allá de la mera discrecionalidad técnica y conjugan múltiples elementos valorativos e interpretativos. Es en dicho ámbito donde, incluso, puede operar el principio de oportunidad política, y resulta conveniente que el Gobierno intervenga ya que es a quien corresponde configurar las pautas de política criminal como parte de la acción de gobierno (art. 97 CE).

Igualmente, corresponde al Gobierno, por ser una decisión de carácter político, definir cuáles son los intereses públicos y cómo se debe satisfacer el interés social, prefijándolos de forma genérica dentro de los puntos programáticos de su acción de gobierno, y después, su adecuada ejecución. El FG resulta así, el órgano idóneo para servir de correa de transmisión de dicha política al conjunto de la institución¹³¹. Un Ministerio Fiscal independiente e irresponsable políticamente no podría ejecutar esta política de forma eficaz y coherente, y por ello, es necesario que el gobierno tenga alguna facultad de dirección y coordinación sobre él. El fiscal debe atenerse a las preferencias por las que ha optado el gobierno en su política criminal, dentro del respeto a la legalidad.

Para una buena comprensión de las relaciones entre Gobierno y Ministerio Fiscal conviene reparar en el concepto de autonomía funcional, que LÓPEZ AGUILAR define como “el haz de facultades y de potestades típicas del todo órgano estatal del que sus titulares

¹²⁹ La evolución de la posición del Ministerio Fiscal y sus características en Italia, son estudiadas de forma clara y concisa por ROLLA, GIANCARLO, “El Ministerio Público en Italia. Disciplina constitucional”, *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 7/2000, identificando tres fases en su desarrollo; dependencia del gobierno, paulatina atenuación de la misma, y constitucionalización del Ministerio Fiscal como magistratura independiente y autónoma. La CI 1947, consagró la independencia del Ministerio Público en su art. 107 *in fine* al afirmar que “El Ministerio Público gozará de las garantías establecidas para él por las normas del ordenamiento judicial”, y el art. 108 CI 1947, que asegura la independencia de los jueces y del Ministerio Fiscal. El profesor llama la atención sobre la falta de constitucionalización explícita de la independencia del Ministerio Fiscal, explicándola por el hecho de que ya la legislación ordinaria anterior a la promulgación de la constitución, había garantizado la autonomía del fiscal respecto del Poder político (decreto nº 12 de 1941 y nº 511 de 1946). Sin embargo, sobre la posición jurisdiccional del Ministerio Fiscal italiano no existe duda habiendo sido definido como “un magistrado perteneciente al orden judicial, y como tal se sitúa en una posición institucional de independencia de cualquier otro poder”, según Sentencia nº 190 de 1970. Resulta interesante subrayar que la Corte Constitucional italiana considera labor jurisdiccional no sólo la decisoria del juez, sino también el ejercicio de la acción penal pública que entiende comprendido en el concepto de jurisdicción (sentencia nº 96 de 1975); se distinguirían así dos facetas en el Poder Judicial, compuesto por una magistratura decisoria y otra investigadora.

¹³⁰ En España la legitimación del Ministerio Fiscal no es directa, pues la forma de reclutamiento de sus miembros es de carácter burocrático-funcionario, no electiva. Por consiguiente, la legitimación democrática de la institución, recuerda FUENTES SORIANO, OLGA, *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma, op.cit.*, p. 187, tendrá que ser de carácter indirecto, llegándole del nombramiento por el órgano constitucionalmente previsto para tal función, el Gobierno, que ha sido elegido democráticamente (art. 99 CE). El principio de dependencia jerárquica, que sujeta a todos los funcionarios del Ministerio Fiscal, haría que vía la designación por parte del Gobierno del FG, su órgano supremo, dicha legitimación irradiase a todos los miembros de la institución. Esta visión de la procedencia de la legitimación del Ministerio Fiscal no es compartida por LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico, op.cit.*, pp. 375-377, que considera que viene dada por el cumplimiento, su sujeción en todo caso, al principio de legalidad, a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Ello sería lo que legitimaría pues, la actuación del Ministerio Fiscal.

¹³¹ Esta afirmación, con razón desde nuestro criterio, es puesta en entredicho por SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL, “Ministerio Fiscal y división de poderes”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, núm. 1/2017, que sostiene que para implementar la política criminal el Ejecutivo dispone de otros órganos más apropiados, y que, aunque la apoye parte de la doctrina, al Ministerio Fiscal no le es dado perseguir unos delitos y otros no.

disponen para el acometimiento de funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye de forma distintiva y específica, y para cuyo ejercicio no necesitan, por tanto, de un mandato singular, determinado y concreto, respecto de cada ocasión en que les compete actuar¹³². Merced a dicha autonomía, el Ministerio Fiscal actúa en coordinación y cooperación con el Gobierno, pero dispone de un ámbito de decisión propio con respecto a éste.

Otro orden de dependencia o vinculación del Ministerio Fiscal respecto al Gobierno, el orgánico, se encuentra mucho más perfilado y supone que se torne más difícil defender la autonomía que se predica en el plano funcional; así, el Gobierno nombra y cesa al FG (arts. 124.4 CE y 29 EOMF) y las jefaturas de los órganos más importantes (art. 36 EOMF). Este es el argumento de más peso de quienes ubican el Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo. Desde la perspectiva orgánica resulta lógico que el FG sea una persona de confianza del Gobierno puesto que ello redundará en beneficio de la eficacia de la transmisión de la política criminal¹³³ de aquel.

1.4.3. El Ministerio Fiscal en el entorno del Poder Judicial.

Quienes defienden la teoría de que el Ministerio Fiscal se encuentra próximo al Poder Judicial, ponen el foco, no tanto en su función de defensa de la legalidad, sino en su función de garantía, atribuida al Poder Judicial. Sin embargo, resulta muy difícil integrar en un modelo teórico dos características propias del Ministerio Fiscal como son la unidad de actuación y la dependencia jerárquica, con las notas de independencia y dispersión, propias del Poder Judicial.¹³⁴

La tendencia a la autonomía funcional del Ministerio Fiscal, progresivamente reforzada, y, por tanto, su alejamiento del Poder Ejecutivo, así como la mención del art. 2.1 EOMF que lo integra “con autonomía funcional en el Poder Judicial”, avalarían esta teoría. Históricamente, la institución ha ido desvinculándose del Poder Ejecutivo, tendiendo hacia su completa independencia como órgano de garantía representante del Estado y de la Ley. Tanto en la CE, como en el EOMF, se han eliminado las referencias al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación o relación del Ejecutivo con el Poder Judicial y se ha recalcado que su sujeción lo es, en cualquier caso, a la legalidad. Su misma participación en el recurso de amparo e inconstitucionalidad, donde puede mantener, como de hecho lo hace, posturas contrarias al Gobierno, subrayan aun más este alejamiento. También el considerable aumento de las materias

¹³² LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, op.cit. p. 181.

¹³³ En su acepción científica la política criminal es definida por LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho Procesal Penal, parte general*. Tirant-Lo Blanch, Valencia 2016, p. 32, como “(...) aquella ciencia que trata de determinar con arreglo a diversos criterios, no sólo técnico-jurídicos, sino fundamentalmente políticos en sentido amplio (lo que permite considerarla una disciplina científica en buena medida autónoma respecto a la dogmática penal), en primer lugar, las conductas que deben ser consideradas y definidas (tipificadas) como delitos y, en segundo lugar, los medios que es posible, necesaria y eficaz y adecuado emplear para prevenir delitos, examinado con arreglo a esos criterios fundamentales los medios jurídico-penales, pero también otros medios no penales, jurídicos o extrajurídicos, que pueden contribuir a esa tarea”.

¹³⁴ Sostiene LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, op.cit., p. 168, que para la comprensión del Ministerio Fiscal se han usado esquemas conceptuales propios del Poder Judicial y ejemplo claro de ello es la adscripción de aquel a dicho Poder Judicial, (art. 124 CE). Mantiene que “se trata de un trasunto más de la peregrina (aunque no inocua) especie de que más allá de la ideal concepción tripartita de los poderes del Estado no habría más que el vacío, cuando no, peor aún, un *agujero negro* de “absolutismo” estatal o desviación hacia ello” p. 167. Hay que afirmar también, prosigue, que además de los tres poderes clásicos, existe “otro entramado más complejo y delicado de órganos (...) que tienen la exacta incardinación, sentido funcional y extensión (...) que la Constitución ha deseado conferirles”.

en que el Ministerio Fiscal actúa como garante de la legalidad y protección de derechos de los ciudadanos¹³⁵, lo aproximan más a la órbita del Poder Judicial.

En algunos países está separación ya se ha consagrado decididamente, como con la CI 1947¹³⁶, y en otros, la tendencia se ve progresivamente incrementada, como en la CE, o la constitución portuguesa de 1976¹³⁷. Tras la promulgación de la CE y el EOMF, el Ministerio Fiscal se define como órgano del Estado, no del Ejecutivo.

Esta teoría choca con dos graves objeciones difíciles de refutar. La primera es la evidente contradicción entre los principios constitucionales de dependencia jerárquica y unidad de actuación, con la independencia propia de los jueces y Tribunales,¹³⁸ así como con la autonomía funcional reconocida en el art. 2.1 EOMF, o las relaciones que tiene con los poderes públicos según los arts. 8 y ss EOMF. Los defensores de esta posición intentan solventarla aludiendo a una vieja distinción de origen francés. Tras la Revolución Francesa, el Ministerio Fiscal se constituyó como una magistratura postulante¹³⁹ frente a la magistratura decisoria compuesta por los jueces, encomendándole a aquella la función acusatoria. Así, los defensores de esta posición integran el Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, explicándola con la concepción de esta doble magistratura. Por otra parte, el Ministerio Fiscal se encuentra regulado en el Título VI CE, “Del Poder Judicial”, y, por ende, se sostiene, precisa de las garantías de

¹³⁵ En este ámbito es importante la participación del Ministerio Fiscal en la constitución de asociaciones políticas partidos y sindicatos, en el contencioso electoral (art. 111 LOREG) o en el recurso de amparo (arts.162.1.b CE y 47.2 LOTC).

¹³⁶ El art. 107 CI 1947 atribuye al Ministerio Fiscal las mismas garantías de inamovilidad de que gozan los jueces. Según BASTERRECHE BENGUA, TOMÁS, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España, op.cit.*, p. 183, esta independencia estatutaria de los miembros del Ministerio Fiscal, que les equipara a los magistrados, no impide que la institución en su conjunto mantenga relaciones funcionales con el Ejecutivo, ni impide las relaciones orgánicas dentro de su propio seno. La interpretación de este art. 107.4 CI 1947 es compleja y se ahondará en ella más adelante, en el apartado correspondiente al Derecho comparado de este capítulo.

¹³⁷ Frente al panorama instaurado por la constitución democrática de 1976, en Portugal el Ministerio Fiscal ha tenido tradicionalmente una dependencia del Ejecutivo bastante notable, correspondiendo, recuerda MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal, op.cit.*, pp. 61-64, al Ministro de Justicia cuestiones tales como el nombramiento, promoción, destino, traslado o destitución de miembros del Ministerio Fiscal. El art. 24 de la Constitución Portuguesa estableció, sin embargo, que al Ministerio Fiscal le corresponde representar al Estado, ejercer la acción penal, defender la legalidad democrática y los intereses que la ley determine, añadiendo, que el Ministerio Fiscal dispondrá de un estatuto propio, estableciendo que los miembros del mismo no podrán ser trasladados, cesados ni suspensos en sus funciones si no es en base a causas tasadas. La institución en Portugal se considera constitucionalmente un órgano del Estado, y dispone de autonomía respecto a otros poderes públicos para poder realizar sus funciones y de un órgano, el llamado Consejo Superior del Ministerio Público, que le dotan de cierto grado de autonomía. Un avance importante en el impulso de la autonomía del Ministerio Fiscal portugués se produjo con la reforma que en el año 1989 que introdujo el principio de autonomía, que se ha visto reafirmada en la reciente Ley 68/2019 de 27 de agosto, que aprueba el Estatuto del Ministerio Público.

¹³⁸ Parece claro, afirman MORENO CATENA, VICENTE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 73, que el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial, aunque de la redacción del art. 2.1 EOMF parezca lo contrario. Lo característico de dicha institución es su sujeción a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica -desconocidos para los jueces-, así como la ausencia de independencia e inamovilidad -características de aquéllos-.

¹³⁹ Una idea extendida, cual es la de considerar al Ministerio Fiscal una subespecie de magistratura es combatida por GRANADOS CALERO, FRANCISCO *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro, op.cit.* p.17, al afirmar: “En definitiva, creemos que no pasa de ser una bella metáfora la de la Magistratura no decisoria, o postulante, sin el menor encaje en nuestro ordenamiento jurídico y con cuya expresión se distorsiona el concepto popular -respaldado evidentemente por la Constitución vigente- que contempla al Magistrado (o Juez) como la persona que por antonomasia “decide”, es decir, juzga o administra justicia a través de, o sorteando, según los casos, las pretensiones oportunamente expuestas por el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas en los autos por medio de sus abogados y procuradores”

independencia de que disfruta este Poder. Algún autor¹⁴⁰ ha llegado a utilizar el argumento terminológico, citando el art. 117.1 CE cuando ésta habla de “jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial” aduciendo que no lo completan, sino que la redacción dada al artículo permite la existencia de otros integrantes.

La segunda objeción de más importancia que se opone a esta ubicación institucional, es la estructura orgánica del Ministerio Fiscal, por estar dirigida por el FG, que nombra el Gobierno, y tener como principios funcionales la unidad de actuación y la dependencia jerárquica. Los partidarios de esta teoría contrargumentan que, en cualquier caso, los principios de imparcialidad y legalidad priman sobre cualquier otra consideración (arts. 124.2 CE y 27 EOMF) y que la dependencia es solo interna, pues externamente el Ministerio Fiscal no está sometido a nadie. También el estatus profesional, equiparado al de jueces y magistrados, avalaría la proximidad del Ministerio Fiscal al Poder Judicial.

En respuesta al hecho del nombramiento del FG por el Gobierno, los defensores de la teoría alegan que lo significativo no es la forma de nombramiento, sino la relación de aquél con el Gobierno, que no lo es en términos de sumisión, ya que no tiene por qué cumplir las instrucciones que reciba del Gobierno. No obstante, el Gobierno en tal caso puede cesarlo por pérdida de confianza. Tampoco la organización administrativa propia del Ministerio Fiscal es la del aparato judicial.

1.4.4. El Ministerio Fiscal en el entorno del Legislativo.

Un sector minoritario de la doctrina defiende que el Ministerio Fiscal es un órgano emanado de la soberanía popular por el Parlamento, y que legitimaría al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad que aquel crea¹⁴¹. No existen paralelos en países de nuestra tradición jurídica. Habría que remontarse a las fiscalías de los antiguos países comunistas de la Europa del Este, donde su naturaleza era la de órganos comisionados del Parlamento para vigilar el Poder Judicial, algo, sustancialmente diferente. En el ámbito democrático, esta posición se defendió en los trabajos parlamentarios para la Constitución Italiana de 1948, y durante la

¹⁴⁰ La concepción judicialista del Ministerio Fiscal es estudiada por MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., pp. 113-118, esgrimiendo diversos razonamientos que se han solido argüir para entender que el Ministerio Fiscal es una magistratura integrada en el Poder Judicial. Entre ellas, la más desarrollada e interesante, es aquella que habla de la existencia de más funciones judiciales que las esenciales de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, por cuanto el propio art. 117.4 CE, añade a éstas “las que sean expresamente atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”. Estas funciones tuitivas serían, según esta teoría, compartidas con el Ministerio Fiscal ya que éste tiene intervención en ámbitos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, en el recurso de amparo, o en cuestiones relativas al régimen electoral general, que lo apartarían de su ubicación o proximidad al Ejecutivo. Un argumento a favor de esta tesis, de tipo terminológico, es la esgrimida por CONDE PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *La naturaleza y principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico*, El Poder Judicial. Dirección de lo Contencioso Administrativo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, p. 866, al interpretar el art. 117.1 CE, el término “integrantes” referido a jueces y magistrados, como no exclusivo de otros integrantes del Poder Judicial, por lo que el Ministerio Fiscal tendría entrada dentro del mismo. Sin embargo, parece que en trabajos posteriores dicho autor se aparta de esa integración al estudiar la conexión del Ministerio Fiscal con el Poder Judicial, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *El Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 70-74, toda vez que, en esta ocasión, se refiere al ámbito natural de actuación, su labor específica de velar por la independencia de los tribunales, o su misión asistencial respecto del Tribunal, hablando más bien de imbricación que de integración, poniéndolo en conexión con otros órganos constitucionales tales como el Defensor del Pueblo, el CGPJ, o el Tribunal de Cuentas.

¹⁴¹ Recoge esta teoría minoritaria, LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, op.cit., pp. 229-235.

confección de la CE fue la posición inicialmente defendida por el grupo socialista, pero finalmente orillada.¹⁴²

La CE no optó por un sistema puramente parlamentario para la designación y nombramiento del FG, aunque contempla modalidades de colaboración entre el Ministerio Fiscal y el Parlamento¹⁴³. Cabría la adopción de reformas legales -cuestión discutible a la luz de la CE- para que la propuesta del Gobierno se hiciese sobre un candidato votado por una mayoría cualificada de las Cortes Generales, dotándole de una mayor legitimidad.¹⁴⁴ MARCHENA propone en este sentido, la elección del FG por una mayoría cualificada de tres quintos del órgano legislativo¹⁴⁵.

Otra grave objeción a esta teoría es la colaboración imprescindible del Ministerio Fiscal como órgano encargado de transmitir la política criminal del Gobierno, que es a quien corresponde diseñarla y dirigirla. No es el Parlamento el órgano adecuado para determinar una tarea tal como la defensa de la legalidad y el ejercicio de la acción pública.

1.5. Acusación pública en el Derecho Comparado.

1.5.1. Introducción.

En una aproximación superficial, los sistemas europeos de persecución penal presentan una estructura común. La Policía toma contacto con el hecho punible y lo investiga, el Ministerio Fiscal ejercita la acción penal y el Juez decide sobre la culpabilidad de la persona investigada y su pena. El investigado toma parte en el proceso defendiéndose y la víctima o perjudicado reclamando la reparación del daño. Una visión más cercana a cada ordenamiento, arroja, por otra parte, diferencias en relación con el principio de oficialidad en la persecución penal, la figura del juez instructor, las características del proceso, o el papel de la víctima¹⁴⁶.

Una mirada de conjunto sobre la configuración del Ministerio Fiscal en los países de nuestra tradición jurídica pone de manifiesto una serie de características y problemas¹⁴⁷

¹⁴² No obstante, las posturas de los grupos políticos durante las labores constituyentes, apunta MARTIN PALLÍN, JOSE ANTONIO, “El Ministerio Fiscal la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales”, AAVV, *El Poder Judicial*, Dirección General de lo contencioso, Madrid 1983, pp. 1793-1799, fueron muy fluctuantes si bien, finalmente, se mantuvo la posición tradicional de este órgano, la de encontrarse en la órbita del Poder Ejecutivo aun sin definir de forma explícita la dependencia del mismo. Un estudio sobre las antiguas *Prokuraturs* de los regímenes comunistas europeos es el objeto del trabajo de GRANADOS CALERO, FRANCISCO., *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro*, op.cit., pp. 328-331.

¹⁴³ Las diversas modalidades de colaboración entre el Ministerio Fiscal y el Legislativo las trata FERNÁNDEZ APARICIO, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal español y su relación con el Poder Legislativo”, *Revista del Derecho*, núm.1/2007.

¹⁴⁴ Dicha postura cobraría sentido según COBO DEL ROSAL, MANUEL, “Artículo 124; el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. ROGRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX, Cortes Generales Edersa, Madrid 1996, p. 560, al considerar que el poder que da existencia al Ministerio Fiscal es el Legislativo, dada su condición de órgano defensor de la legalidad.

¹⁴⁵ Realiza esta propuesta *lege ferenda*, MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal*, op.cit., p. 195.

¹⁴⁶ En relación con las diferencias existentes entre diversos ordenamientos jurídicos en Europa DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa, Association de recherches pénales européennes (ARPE)*, op.cit., pp. 411 y ss.

¹⁴⁷ La problemática naturaleza del Ministerio Fiscal no es una característica propia de dicho órgano solo en España, recuerda LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, op.cit. p. 171, “Adonde quiera que se mire buscando las inevitables referencias comparadas, las investigaciones sobre el Ministerio Público acaban desembocando en gruesas perplejidades que subrayan casi siempre, aspectos mal definidos (cuando no abiertamente conflictivos) en todas las regulaciones

comunes en todos ellos, al menos, en los de raíz continental, ya que, aunque con un origen remoto común en la Edad Media, los sistemas fueron divergiendo, formándose en Inglaterra y Gales un aparato judicial que ha permitido la subsistencia del sistema acusatorio. En derecho continental, en mayor o menor medida, y de maneras diversas, el Ministerio Fiscal se encuentra vinculado al Ejecutivo -con la sola excepción de Italia - con dependencia respecto a éste y jerarquización, pero gozando de una importante y creciente autonomía funcional. En la mayoría de los países, salvo España, aquel se encarga de buena parte de la investigación criminal.¹⁴⁸

En el caso de Italia, donde el Ministerio Fiscal es independiente, se han observado problemas relativos a la falta de coordinación, igualdad, y unidad de acción en el ejercicio de la acción pública, puesto que el Gobierno no puede implementar su política criminal por medio de este órgano. Una notable excepción a la “atomización”¹⁴⁹ de la Fiscalía italiana es la *Direzione Nazionale Antimafia*, un organismo creado en 1991 con el objetivo de coordinar las investigaciones relativas a la Mafia y a la criminalidad organizada. Las principales características de la institución radican en tratarse de un órgano centralizado y con un contenido jerárquico desconocido en el Ministerio Público italiano, pero que sigue conservando su desvinculación con el poder político, y el contar con una serie de oficinas territoriales en cada uno de las *Direzioni Distrettuali Antimafia* servidas por fiscales de Distrito. Sobre estos últimos, el Fiscal Nacional ostenta un derecho de avocación bajo causas tasadas y ciertos poderes que lo convierten en un caso aparte en el panorama del Ministerio Fiscal italiano.

Otro elemento común, y aunque todas las legislaciones continentales que se expondrán a continuación en relación al Ministerio Fiscal proclaman el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, es que conjugan con éste sistemas expresamente regulados de oportunidad reglada por parte del titular de la acción penal¹⁵⁰. Suponen una aproximación al sistema anglosajón puramente adversarial, en donde el Ministerio Fiscal tiene una amplísima

conocidas y ensayadas. Parece evidente, de entrada, que cada uno de los modelos de que se dispone actualmente presenta importantes problemas de funcionamiento práctico”.

¹⁴⁸ La instrucción de los procesos criminales es llevada a cabo por el Ministerio Fiscal en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de nuestra área cultural. La profesora de Derecho penal de la Universidad de París I, DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa, Association de recherches pénales européennes (ARPE), op.cit.*, realiza un estudio pormenorizado en esta monografía, investigando los procesos penales en Alemania, Inglaterra, Bélgica, Francia, e Italia. En el proceso alemán (pp. 113-120) la fase preparatoria corresponde preponderantemente al Ministerio Fiscal, controlando el Juez la legalidad de las medidas limitativas de derechos. Dicha fase termina con el archivo por parte de aquel, o por la apertura de la fase intermedia y, en su caso, la celebración de la vista oral. En el proceso inglés (pp. 178-181) constata la peculiaridad, que se desarrollará en el presente trabajo, de que la investigación y el ejercicio de la acción penal corresponden fundamentalmente a la Policía, cuya determinación de perseguir el delito será reconsiderada por el *Crown Prosecution Service*, que carece de poder sobre aquella y que, si lo considera oportuno podrá seguir con la persecución y enviar el caso al juez correspondiente. En el proceso belga (pp. 231-237) rige la figura del juez de instrucción a quien corresponde esencialmente la instrucción; ahora bien, comparte esta función con el Ministerio Fiscal en algunos supuestos. Seguidamente, en el proceso francés (pp. 287, 298-307) el Ministerio Fiscal tiene un papel esencial en la llamada instrucción preparatoria interviniendo activamente en la misma, en la investigación comparte funciones con el juez de instrucción, pero ostenta un importante poder de investigación. Finalmente, en el proceso italiano (pp. 353-359, 375-378) el Ministerio Fiscal es el encargado de la investigación preliminar, encaminada a esclarecer a aquel si ejerce o no la acción penal, bajo la vigilancia del juez con esa denominación sobre los actos de investigación limitativos de derechos.

¹⁴⁹ Relatada por LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico, op.cit.*, pp. 485-490.

¹⁵⁰ La oportunidad reglada brinda un grado de discrecionalidad limitado por la ley al fiscal, que es la base que permite a éste tomar la decisión de renunciar a la acción penal. Por contra, en la discrecionalidad pura ese margen de decisión es mucho más grande: CUADRADO SALINAS, CARMEN, “Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18/2009.

capacidad de decisión sobre el fin de las actuaciones procesales. La introducción de estas fórmulas de composición mediante acuerdo o consenso viene motivada además por razones prácticas, como son el fracaso del procedimiento inquisitivo para la delincuencia de menor entidad que es, por otra parte, la más abundante, y que produce, además, el consiguiente colapso del sistema judicial.

1.5.2. Alemania.

El sistema constitucional propio de la República Federal Alemana supone la coexistencia de una Administración de Justicia de competencia exclusiva de los respectivos *Länder*, con su correspondiente Ministerio de Justicia, con otra federal. Cada una dispone de su propio Ministerio Fiscal, estando el federal dirigido por el Fiscal General de la República, y constituido por los fiscales federales bajo la jerarquía del Ministro Federal de Justicia, siendo nombrados por el presidente de ese ámbito a propuesta del Ministro de Justicia federal, con aprobación de la cámara de representación territorial o *Bundesrat*. Tan solo es posible destituir al FG de la República y los de algunos *Länder*, con ciertas limitaciones. Sin embargo, la situación del resto de fiscales no es la de la inamovilidad sino de gran dependencia del Ejecutivo.¹⁵¹

La Fiscalía alemana consta, en primer lugar, de la Fiscalía General Federal presidida por el FG Federal con competencia en toda la nación. La competencia del Ministerio Fiscal federal abarca solo infracciones que afecten a los intereses y la integridad de todo el país. Consta, también, de Fiscalías Superiores, una en cada estado federal, con un FG Jefe a la cabeza; interviene en las causas que se despachan en el Tribunal Superior del Land. El tercer lugar, lo ocupan las Fiscalías de los Tribunales de los *Land*, y, por último, los fiscales que intervienen en los órganos judiciales inferiores.

La estructura orgánica del Ministerio Fiscal en Alemania está señalada por una acusada jerarquización y dependencia del Poder Ejecutivo, así como una unidad de actuación notable. El art. 146 *Gerichtsverfassungsgesetz* (en adelante, GVG), o ley del Poder Judicial, determina que “los funcionarios de la Fiscalía acatarán las órdenes de su superior que se refieran al servicio”. Asimismo, cada órgano superior jerárquico tiene derecho a dar instrucciones a sus inferiores (art. 145 GVG), así como facultades de avocación y sustitución.

La Fiscalía alemana actúa bajo los principios de legalidad e imparcialidad.¹⁵² Para garantizar la unidad de actuación el Fiscal General y los superiores de la cadena jerárquica

¹⁵¹ El Ministerio Fiscal alemán orgánicamente se encuentra desvinculado de los Tribunales, siendo una autoridad del Ministerio de Justicia con autonomía respecto al mismo, no siendo pues, una autoridad administrativa *stricto sensu* según afirma, MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, pp. 65-69. Señala DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa, Association de recherches pénales européennes* (ARPE), *op.cit.*, pp. 429-430, que el Ministerio Fiscal en Alemania tiene estatus diferenciados en cuanto a su dependencia e inamovilidad; así en algunos *länder* están sujetos al Gobierno Local y son libremente removibles, y, en general, los fiscales alemanes no se benefician de la inamovilidad de los magistrados, pueden ser trasladados, e incluso suspendidos, una situación que, según la autora, ha sido muy criticada. Estudia el Ministerio Fiscal alemán, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, *op.cit.*, pp. 27-30. Un estudio más actualizado de la Fiscalía alemana por GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La fiscalía alemana”, *Diario La Ley*, núm. 9965/2021.

¹⁵² Los principios rectores de actuación de la Fiscalía alemana son la unidad, dependencia jerárquica, independencia de los tribunales, principios de legalidad con excepciones para la oportunidad, e inmediatez, en clasificación que efectúa y desarrolla NIEVA FENOLL, JORDI, “El Ministerio Fiscal en Alemania”, *Justicia Revista de Derecho Procesal*, núm. 3 y 4/1999.

pueden impartir instrucciones generales o particulares. El Ejecutivo puede impartir instrucciones al Ministerio Fiscal, pero éste no está obligado a cumplirlas si las considera contrarias al Derecho o la Ley, pero correrá el riesgo de ser sometido a expediente disciplinario por ello. Para garantizar la debida transparencia, cualquier instrucción particular al Ministerio Fiscal, por parte del Ejecutivo, debe constar por escrito.

En lo relativo a la investigación de los delitos, en Alemania, el Ministerio Fiscal goza de unos amplios poderes instructores que comienzan, al regir el principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal, tan pronto tenga conocimiento o sospecha de la comisión de un hecho ilícito (art. 152.2 *Strafprozessordnung*, o Código Procesal Penal, en adelante, StPO) y si le conducen a la posibilidad de una condena, tiene la obligación de acusar (art. 170.2 StPO), con exclusión de delitos leves y relativos a bienes jurídicos que afectan íntimamente a las personas. Dichas facultades del fiscal alemán se extienden a un gran número de actuaciones, incluso algunas limitativas de derechos fundamentales por razones de urgencia, aunque luego hayan de ser convalidadas por el órgano judicial.¹⁵³ Acopiado el material probatorio, el Ministerio Fiscal decide el archivo de las actuaciones, pudiendo el ofendido requerir al Tribunal el examen de la causa mediante un procedimiento impugnatorio para en su caso obligue al fiscal a presentar acusación. En el caso de que así sea, se abre una fase intermedia, ya ante el órgano jurisdiccional, que examinará la solidez de la acusación, practicará prueba de oficio o a instancia del investigado, y, finalmente, haciendo una prognosis de las posibilidades de absolución acordará rechazar o decretar la apertura del procedimiento.

Según establece el StPO, en su art. 152.II, el Ministerio Fiscal “salvo disposición legal en contrario, debe ejercer la acción penal en todas las infracciones susceptibles de ser perseguidas desde que los hechos hayan sido suficientemente establecidos”. A pesar del principio de oficialidad vigente, el principio de oportunidad ha ido ganando fuerza en el sistema penal alemán¹⁵⁴. Así, el instrumento mencionado, en el art. 153, contempla la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o el Tribunal prescinda de la persecución, con autorización del Tribunal competente en supuestos de culpabilidad mínima y falta de interés público en la persecución.¹⁵⁵

¹⁵³ La investigación criminal, expone GUIBERT OVEJERO, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, op.cit., p. 290, es realizada en Alemania por el fiscal, que dispone incluso de facultades instructorias notables, como las que enumera a continuación, tales como, ordenar extracción de sangre y recogida de vestigios orgánicos, o, en casos de urgencia, incluso ordenar algunas injerencias corporales, (art. 81.1 StPO), inspección ocular del cadáver y encontrarse presente en la práctica de la autopsia (art. 87.1 y 2 StPO), ordenar exhumación del cadáver mediando razones de urgencia (art. 87.3 StPO), secuestro de publicaciones (art. 100.2 StPO), control y grabación de comunicaciones en caso de urgencia con posterior e inmediata convalidación judicial (art. 100 b StPO) o registro de vivienda en caso de urgencia (art. 105.1 StPO). La función investigadora que lleva a cabo en Alemania el Ministerio Fiscal es analizada por PERRON, WALTER, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, INMACULADA, “El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en el proceso penal alemán”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRA, VICENTE), *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*, Justel, Madrid 2006, pp. 75-95. De forma sintética MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, op.cit., pp. 58-62, bosqueja las características esenciales del Ministerio Público. Un ejemplo polémico, y que evidenciaba la injerencia en la actuación de la Fiscalía germana por el poder político, fue el llamado caso Kohl, en que dicho político, a pesar del reconocimiento público de haber malversado fondos, resultó indemne a instancia del fiscal, tal como relata ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, op.cit., p. 481. Ahonda en la problemática de esta dependencia MUHM, RAOUL, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal alemana (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, *Jueces para la democracia*, núm. 22/1994. El mismo autor profundiza sobre el asunto en un trabajo posterior, MUHM, RAOUL, “Política y justicia en la experiencia comparada actual: el caso alemán”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 6/1997.

¹⁵⁴ Incluso en algunos casos, como recuerda DORESTE ARMAS, DELIA CAROLINA, *La responsabilidad del Ministerio Fiscal*, op.cit. p. 42, ha sido criticado por su uso en asuntos con implicaciones políticas por lo que se ha reclamado mayor autonomía y desvinculación del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo.

¹⁵⁵ También se prevén modalidades de finalización consensuada sometida a condición (cantidad monetaria, prestaciones en beneficio de la comunidad, reparación de daños, o prestación de alimentos).

En otro ámbito, puede también la Fiscalía renunciar a ejercitar la acción penal cuando su realización comportara una grave desventaja al país o existiesen intereses políticos superiores.

1.5.3. Francia.

En el país galo, jueces y fiscales forman parte del mismo cuerpo o carrera, de hecho, durante su vida profesional pueden ejercer ambas carreras. Constituyen el Poder Judicial y están regidas por un mismo Consejo Superior de la Magistratura. La organización es jerárquica, bajo la autoridad del ministro de Justicia,¹⁵⁶ que puede emitir órdenes e instrucciones generales y obligatorias para los fiscales, y dirige la política criminal determinada por el gobierno. Rige el principio de unidad de actuación e indivisibilidad del Ministerio Fiscal.¹⁵⁷

El órgano supremo de la Fiscalía en Francia es el Procurador de la República, que es el Fiscal Jefe de Gran Instancia. Las órdenes se materializan según el art. 36 del Código Procesal Penal francés (en adelante, CPPF) que establece “el Fiscal Jefe puede encomendar a los fiscales, mediante instrucciones escritas y unidas al expediente del procedimiento, iniciar o promover la iniciación de diligencias o informar a la jurisdicción competente para tales requerimientos escritos que el Fiscal Jefe estime oportunos”.

La dependencia jerárquica tiene límites para asegurar la autonomía e imparcialidad del Ministerio Fiscal, tales como, el poder que disponen los fiscales generales de los Tribunales de Apelación, recogido en el art. 41 del CPPF, que les permite, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pudieran incurrir, apartarse de las instrucciones del ministro de Justicia, gozando sus actuaciones, sin embargo, de total validez. Igualmente, los fiscales se pueden desenvolver en sus intervenciones verbales libremente, tal como en España les reconoce a sus colegas el art. 25 EOMF.

La planta de la Fiscalía francesa está constituida por la Fiscalía ante la Corte de Casación¹⁵⁸, dirigida por el Procurador General ante ese tribunal, cargo de confianza política; la Fiscalía (*Parquet*) ante los Tribunales de Apelación, dirigida por un Fiscal o Procurador General; las Fiscalías de los Tribunales de Gran Instancia, y los oficiales del Ministerio Público ante los Tribunales de Policía para delitos menores.

¹⁵⁶ A pesar de la importancia de su función, observa DREYFUS, FRANÇOISE, D'ARCY FRANÇOIS, *Les institutions politiques et administratives de la France*, Economica, Paris 1986, p. 437, en comparación con otros funcionarios franceses, jueces y fiscales carecen de órganos específicos encargados de cuestiones relativas a su carrera.

¹⁵⁷ Las características generales de la Fiscalía francesa son estudiadas por GRANADOS CALERO, FRANCISCO., *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro*, op.cit., pp. 307-314. Igualmente, sobre el Ministerio Fiscal francés, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, op.cit., pp. 44-46. En un viejo artículo del año 1993, NICOD JEAN-CLAUDE, “El Ministerio Fiscal en Francia”, *Revista de Jueces para la democracia*, núm.18/1993, trata de las reformas necesarias en aquel entonces en orden a conseguir mayores cotas de la independencia, Con algo de contenido filológico, interesante para contextualizar el Ministerio Fiscal galo, y un resumen acerca de las características del órgano en dicho país DELGADO PUGÉS, IVAN, “La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología”, *Anales de Filología francesa*, núm. 18/2010. Un estudio sobre el Ministerio Fiscal francés y sus necesarias reformas, PAUNER CHULVI, CRISTINA, “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 55/1999.

¹⁵⁸ Equivalente a nuestro TS en materia civil y penal.

Aunque en Francia perdura la figura del juez de instrucción, es el Ministerio Fiscal quien, en una investigación preliminar, practica las primeras averiguaciones en base a las cuales decide o no ejercitar la acción penal, derivar el caso a un sistema alternativo de composición, o archivarlo. Al Ministerio Fiscal le corresponde, en exclusiva, el ejercicio de la acción penal; la parte ofendida tan solo puede constituirse en parte civil. El archivo por razones de oportunidad necesita ser motivado y comunicado al ofendido que podrá requerir al superior jerárquico del fiscal para reconsiderar la decisión. Si ratificase aquella, el ofendido puede constituirse en parte civil. Superada esta fase el procedimiento pasa al Juez de Instrucción para continuar la investigación en caso de delitos graves o, potestativamente, en los de menor entidad, o para comparecer, en determinados casos, directamente ante el Tribunal para celebrar algún tipo de juicio rápido.

El principio de oportunidad no está recogido expresamente en la ley francesa, pero la doctrina de este país¹⁵⁹ la ha deducido del art. 4.1 CPPF que permite “(...) archivar el caso sin realizar ninguna otra acción cuando las circunstancias particulares de la comisión del delito lo justifiquen”¹⁶⁰. Su ámbito es la llamada delincuencia menor y solo, excepcionalmente, en otros casos que la ley lo prevea, en supuestos de culpabilidad mínima, imprudencias, supuestos de economía procesal, y por razones de orden público cuando resulta más gravosa la persecución que su consecuencia.

1.5.4. Italia.

En el país trasalpino, el Ministerio Fiscal goza de absoluta independencia, encontrándose integrado en la Magistratura¹⁶¹, según el art. 104 CI 1947 el cual constituye “un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder”, gozando de garantías de

¹⁵⁹ En el ordenamiento francés el Ministerio Fiscal ejerce la acción penal y exige la aplicación de la ley, según el art. 31 CPPF, expone DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa, Association de recherches pénales européens (ARPE)*, *op.cit.*, p. 276. No obstante, el principio de oportunidad aparece recogido en el art. 41.7 CPPF, ya que antes de su decisión sobre ejercitar la acción penal, y con el acuerdo de las partes, puede derivar el asunto a mediación. No existe propiamente una disposición que reconozca el principio de oportunidad en la persecución penal, de manera expresa, pero éste se deduce de la dicción del art. 40 CPPF, que permite al fiscal de la República cuando recibe las denuncias “apreciar el destino que ha de darse a las mismas”. Si las archiva, lo ha de comunicar al infractor y también a la víctima si ésta está identificada. No obstante, en tanto no prescriba el delito el Ministerio Fiscal podría ejercitar la acción penal (p. 328).

¹⁶⁰ La autora DORESTE ARMAS, DELIA, *La responsabilidad del Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, pp. 105-106, resalta que en Francia impera el principio de monopolio público de la acción penal, pero que es un hecho admitido la discrecionalidad del Ministerio Público en la persecución penal, algo constatado en el denominado Informe Truche elaborado en el año 1997, informe que pretendió ser una radiografía de la situación de la Administración de justicia en el país galo,

¹⁶¹ Los principios en torno a los que se configura el ordenamiento judicial italiano son, según ROLLA, GIANCARLO, “El Ministerio Público en Italia. Disciplina constitucional.”, *op.cit.*, a) la unidad de la jurisdicción, b) la independencia de los magistrados, c) su autonomía decisional, d) la Magistratura como cuerpo profesional. Sobre el sistema de reclutamiento para la magistratura italiana escribe PEDERZOLI, PATRICIA, “El sistema italiano de selección de jueces. Situación y perspectivas de futuro”, AAVV, *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, (Coord. JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL), CGPJ, Madrid 2001, pp. 87-101. La peculiar posición jurídico-constitucional del *Pubblico Ministero* italiano, caracterizada por su independencia, es tratada por BASTERRECHE BENGUA, TOMÁS, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España*, *op.cit.*, pp. 173-189. Un estudio sobre el Ministerio Fiscal italiano por GRANADOS CALERO, FRANCISCO., *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro*, *op.cit.*, pp. 314-317. Se refiere también al Ministerio Fiscal italiano, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, *op.cit.*, pp. 60-61. La investigación preliminar, llevada a cabo en el país trasalpino, por el Ministerio Fiscal, es tratada por CHIAVARIO, MARIO, “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRA, VICENTE), *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*, *op.cit.*, pp. 97-125. Dibuja, en términos generales, el Ministerio Fiscal italiano MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, *op.cit.*, p. 62-67, incidiendo sobre su papel fundamental en la “pieza angular” que constituye la llamada investigación preliminar.

independencia e inamovilidad, estando su régimen disciplinario en manos del Consejo Superior de la Magistratura (art. 104.2 CI 1947), órgano de relevancia constitucional de garantía y autoadministración de los magistrados, con una composición mayormente electiva entre la magistratura, con competencias sobre contrataciones, destinos y traslados, promociones y medidas disciplinarias concernientes a los magistrados (art. 105 CI 1947).¹⁶²

Los fiscales constituyen un solo cuerpo o carrera junto con los jueces y magistrados, y es común que, durante su vida profesional, ejerzan ambos cargos. Esta circunstancia ha encendido el debate sobre si su vinculación pueda convertirse en corporativa y mermar su imparcialidad.

La razón de esta independencia, sin parangón en el resto de los sistemas, se encuentra en la reacción del constituyente italiano tras la II Guerra Mundial a la manipulación y mediatización del Ministerio Fiscal por el régimen fascista. En la Fiscalía italiana no rige el principio de unidad de actuación y su actividad se encuentra desintegrada en los distintos departamentos de las fiscalías a lo largo del país, sin lazos jerárquicos, por tanto, sin un órgano superior que de directrices interpretativas.¹⁶³ Dentro de cada unidad, el fiscal jefe de la misma dispone de un poder discrecional y organizativo propio que él administra para el buen funcionamiento del servicio. Los criterios de persecución penal pues, vienen impuestos desde cada oficina y pueden tornarse muy variables. La relación jerárquica, progresivamente más relajada, tiene su ámbito exclusivamente en el interior de cada departamento de la fiscalía; fuera de él no existe esta sujeción, motivo por el que las reformas legales de los últimos años han aumentado el poder de los fiscales jefes.

Respecto a la estructura orgánica de la Fiscalía Italiana, el art. 2 del *Regio decreto del 30 gennaio 1941, num. 12*, sobre el Ordenamiento Judicial, establece que existirá una oficina del fiscal ante cada uno de los siguientes tribunales;¹⁶⁴: la Corte Suprema de Casación, los tribunales de apelación, los tribunales ordinarios y los de menores. A este cuadro general hay que añadir dos instituciones surgidas con posterioridad para afrontar el fenómeno de la delincuencia organizada de la Mafia: la *Direzione distrettuale antimafia*, en cada *procura distrettuale* que sea cabeza de circunscripción de cada Tribunal de Apelación, *distretto*, y, a nivel central, la *Direzione nazionale antimafia*, existiendo un Fiscal Nacional Antimafia con la misión de coordinar las estrategias de la lucha judicial contra las organizaciones criminales.

Tras la *notitia criminis*, el procedimiento se inicia con la *indagine preliminare* o investigaciones preliminares, de naturaleza preprocesal, que realiza el Ministerio Fiscal y que concluyen con el archivo o con la formulación de la imputación, momento en que el imputado

¹⁶² Según dicho artículo, *Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati*.

¹⁶³ Señala DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo, op.cit.*, p. 122, que aunque la jefatura del Ministerio Fiscal italiano corresponde a los procuradores de la República, hay dos excepciones: el Procurador Nacional Antimafia en materia de su competencia, y los procuradores generales cuando actúan competencias extraordinarias, fundamentalmente funciones de coordinación, y que pueden ejercer poderes de avocación en caso de inacción o incompatibilidad de una procuraduría, aunque con una serie de garantías entre las que se encuentran la vigilancia del Consejo Superior de la Magistratura. La relación, no obstante, no ha dejado de ser problemática. A estos conflictos hace referencia BASTERRECHE BENGOA, TOMÁS, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España, op.cit.*, pp. 411-434.

¹⁶⁴ *Articolo 2: Del pubblico Ministero; Presso la corte di cassazione, le corti di appello, i tribunali ordinari e i tribunali per i minorenni è costituito l'ufficio del pubblico ministero.*

tiene conocimiento de la investigación. En Italia, sólo el Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar la acción penal, sin que exista acción popular ni particular. El ofendido (*offeso*) puede solicitar la revisión de la decisión de archivo. En el caso de no producirse el archivo, el fiscal envía al Juez de las Investigaciones Preliminares, el llamado *rinvio a giudizio* formulando una imputación. En esta fase es también el Ministerio Fiscal quien dirige las investigaciones, que una vez concluidas, originan el archivo de la causa o su remisión a juicio. En el supuesto de archivo, si el juez considera que el fiscal debe formular acusación, se lo reenviará para que proceda de este modo. También el ofendido puede oponerse al archivo y solicitar la continuación. Remitidas a juicio las actuaciones, se celebrará una vista ante el *giudice de l'udienza preliminare* que decide si se abre o no juicio oral.

La CI 1947, en su art. 112, establece que el “Ministerio Fiscal tendrá la obligación de ejercer la acción penal”, lo cual no significa que no exista margen para el principio de oportunidad.¹⁶⁵ Así, en su *Codice di Procedura Penale* (en adelante, CPPI) existen mecanismos que lo corroboran, recogidos en el Título II, del libro sexto (“Procedimientos especiales”, en los arts. 444 a 448) denominados *applicazione della pena su richiesta delle parti*, una fórmula consensuada entre Ministerio Fiscal y el imputado, en que, conjuntamente, pueden solicitar al juez la imposición de una pena, privativa de libertad (inferior a dos años) o de otra naturaleza, sustitutiva de la que inicialmente le sería procedente, cabiendo también una sustitución pecuniaria, y reducida en un tercio. Dicha modalidad es posible practicarla también en la fase de indagación preliminar.

1.5.5. Portugal.

Tras la Constitución de 1976 (en adelante, CP 1976), el Ministerio Fiscal portugués, que seguía el modelo francés, perdió la fuerte dependencia que tenía del Ejecutivo. Según la CP 1976, al Ministerio Fiscal es a quien corresponde “representar al Estado y defender los intereses que la ley establece (...) participar en la ejecución de la política criminal definida por los órganos de soberanía, ejercer la acción penal orientada al principio de legalidad, y defender la legalidad democrática”. Para ejercer estas funciones “goza de estatuto propio y autonomía en los términos de la ley”. Dicha tendencia se reafirmó con la promulgación del Estatuto del Ministerio Público, en 1978, que dotó de mayor autonomía al cuerpo, siguiéndose dicha tendencia en la reciente Ley 68/2019 de 27 de agosto, que aprueba el Estatuto del Ministerio Público, y remarca su autonomía vinculada a los principios de legalidad y objetividad, aunque sometidos a las directivas, órdenes e instrucciones que reciban de sus superiores jerárquicos.

En Portugal también corresponde al Ministerio Fiscal la investigación de los delitos. A pesar de que la CP 1976 había recogido en su art. 34.2 que “toda instrucción es competencia del juez (...)”, el Tribunal Constitucional portugués declaró en 1987 la constitucionalidad de la investigación por el fiscal.¹⁶⁶

¹⁶⁵ No considera ROLLA, GIANCARLO, “El Ministerio Público en Italia. Disciplina constitucional”, *op.cit.*, una excepción de la obligatoriedad de la acción penal la discrecionalidad de que goza el Ministerio Fiscal italiano, que, basándose en consideraciones de tipo técnico y jurídico, puede no ejercitarla. La base del ejercicio de esa oportunidad vendría, sostiene el autor italiano, del carácter de magistrado que tiene el Ministerio Público y que, como tal, puede realizar consideraciones jurídicas y fácticas que le lleven a ello.

¹⁶⁶ En el vecino país ibérico, a pesar de que el art. 32.2 CP 1976 establece que la instrucción es competencia del juez, observa LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, *op.cit.*, p. 313, que en sentencia de 8 de julio de 1987 el TC de dicho país declaró la constitucionalidad de la instrucción

En la investigación preliminar (*inquérito*) el fiscal recaba pruebas acerca del hecho delictivo para decidir así sobre la acusación, concretando aquellas pruebas que deba practicar el juez de instrucción. Tras esta fase, el fiscal debe decidir el archivo, revisable por su superior jerárquico para obligarle a acusar, o la continuación de la causa formulando acusación, en su caso, acompañado por el ofendido u otras personas constituidas como asistentes. El *asistente* que concurre con el Ministerio Fiscal en la acusación no puede dirigir la acusación por los mismos hechos por los que ha acusado el fiscal u otros que alteren sustancialmente el relato de los hechos; en la práctica, esto conlleva casi el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal.

La fase de instrucción, posterior a la de *inquérito*, existirá solo si lo pide alguna parte para que el juez examine bien el archivo, o bien la acusación del fiscal, y compruebe si es procedente o no; adicionalmente, practicará la prueba que considere oportuna y tras un debate oral y contradictorio, decidirá sobre la apertura del juicio oral contra el imputado.

El Código de Proceso penal portugués de 1987 regula algunas modalidades del principio de oportunidad. La primera de ellas la confesión. En su art. 344 la figura de la confesión (*confissão*), similar al *guilty plea* anglosajón. Implica que no se practique más prueba, y la consideración de los hechos como probados, así como la imposición de una sanción privilegiada. En el art. 281 del texto legal citado se regula el sobreseimiento por razones de oportunidad, que conlleva la suspensión del proceso mediante la imposición al imputado de alguna regla de conducta de las que recoge el artículo. El problema que acarrea esta modalidad es tener que mantener abierto el procedimiento durante el tiempo que dure la condición o su reapertura en caso de incumplimiento.

1.5.6. Inglaterra.

En la organización judicial inglesa¹⁶⁷, que no rige en Escocia¹⁶⁸, el juez no tiene atribuida ninguna actividad investigadora. En Inglaterra y Gales coexisten dos tipos de jueces,

por parte del Ministerio Fiscal en la primera fase del proceso penal denominada en este país *inquérito*, que corresponde, en efecto, al Público Ministerio. Dicha función había sido asumida por el Ministerio Fiscal luso desde el año 1986 en que sustituyó al juez de instrucción en la investigación penal. Explica GUIBERT OVEJERO, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 289, que, a diferencia de España, donde el principio de autonomía del Ministerio Fiscal se encuentra constitucionalmente consagrado, no ocurre otro tanto en el país vecino, si bien a nivel legal dicha autonomía sí está reconocida. Ello podría hacer que el Ministerio Fiscal luso no se encontrase habilitado constitucionalmente para acometer una investigación con garantías a la vista del precepto constitucional citado. Un estudio sobre el Ministerio Público portugués es abordado por GRANADOS CALERO, FRANCISCO., *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro, op.cit.*, pp. 321-324. Igualmente, sobre el Ministerio Fiscal portugués, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales, op.cit.*, pp. 65-69. El proceso portugués, y la participación del Ministerio Público en el mismo es investigado por MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRÁ, VICENTE), *El Ministerio fiscal, director de la instrucción, op.cit.* pp. 225-249. La misma investigadora, en compañía de otra autora, ahonda en el carácter directivo del fiscal portugués, en la misma obra, MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, CALAZA LÓPEZ, SONIA, “El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en Portugal”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRÁ, VICENTE), *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción, op.cit.*, pp. 209-223. El diseño del Ministerio Fiscal elaborado por la Ley Orgánica portuguesa 47/1986, de 15 de octubre, reguladora de la institución, así como consideraciones generales sobre el órgano en el país hermano es presentada por MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, op.cit.*, p. 49-57.

¹⁶⁷ Sobre el Ministerio Fiscal inglés, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales, op.cit.*, pp. 52-57. Una breve reseña del sistema de persecución penal en Inglaterra por MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro, op.cit.*, p. 44-48. Los rasgos generales del sistema del proceso penal en Inglaterra y Gales son tratados por DAMIÁN MORENO, JUAN, *La decisión de acusar, un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Ed, Dykinson, Madrid 2014, pp. 49-63, que también expone la posibilidad de la terminación por razones de oportunidad o

profesionales (*stipendiary magistrates*), que actúan en los *Crown Court* y que se subdividen en varias categorías, y los jueces no profesionales (*lay magistrates*). La división de los órganos judiciales viene determinada por la gravedad de los delitos que enjuician: *Crown Court* para delitos graves y mixtos, *Magistrate's Court* para los menos graves y mixtos.¹⁶⁹

Una característica muy significativa del sistema judicial inglés, es el *modelo judicial lego*, diferente al burocratizado continental, con una importante participación en el proceso de personas sin formación jurídica, que constituyen los jurados, lo que exige un modelo procesal exento de complicaciones y en el que el papel del juez profesional es examinar el caso y prefigurárselo a los legos en cuanto a admisibilidad, objeto del litigio, normas aplicables y hechos relevantes¹⁷⁰.

El pensamiento liberal tradicional inglés determinó que el ejercicio de la acción penal no se atribuyese al poder ejecutivo¹⁷¹, considerándola un valor constitucional fundamental y demasiado importante para dejarlo a disposición de aquél, correspondiendo al perjudicado, o a la propia Policía¹⁷². Señala DÍEZ PICAZO que el ejercicio de la acción penal históricamente correspondió a la Corona, que delegó en sus ciudadanos¹⁷³, sin embargo, durante el siglo XIX la Policía, que fue adquiriendo una estructura cada vez más sólida, asumió las funciones investigadoras y llevó a que, en la práctica, fuese aquella la que ejercitaba la acción penal.

No obstante, en 1879 se creó la figura del *Director of Public Prosecutions* para tratar de imprimir unidad a la persecución penal, si bien la Policía mantuvo la plenitud de facultades

archivo condicional; es la propia Policía la que puede optar por la no persecución recurriendo a una amonestación (*formal caution*), u otro tipo de medidas, con bastante éxito disuasorio. Analiza también la posibilidad de aplicación de modalidades de justicia restaurativa, en las que el *prosecutor* tiene un relevante papel. Un estudio sobre la judicatura inglesa y su forma de acceso a la misma, sorprendentemente peculiar y diferente a la continental, en la que se trata además la organización general del sistema judicial inglés, la aborda ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, "Otras formas de ingreso en la Judicatura. El caso de Inglaterra y Gales", AAVV, (Coord. ECHANO BASALDÚA, JUAN IGNACIO), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao 2002, pp. 1215-1239.

¹⁶⁸ El derecho escocés, a diferencia del inglés, había estado sometido desde antiguo a la influencia del romano-canónico, explica DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, *op.cit.* pp. 40-41, recibiendo, sin embargo, importantes aportes del sistema del *Common Law*, por lo que, incluso, se puede hablar de un híbrido entre los dos modelos tradicionales. La desemejanza fundamental con el modelo británico, en referencia al Ministerio Fiscal, es que en el territorio escocés el monopolio de la acción penal la ostenta una estructura de agentes públicos, y si bien, teóricamente, el ejercicio de la misma es posible por el particular, es algo que no se produce en la práctica.

¹⁶⁹ Sobre las funciones de este órgano judicial inglés, PEÑARANDA LÓPEZ, ANTONIO, *Proceso penal comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia) Descripción y terminología*, Comares, Granada 2011, pp. 74-76.

¹⁷⁰ Esta falta de formalismo es comentada por AULET BARROS, JOSE LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España*, *op.cit.*, p. 192, llamando la atención sobre el hecho de que un gran número de asuntos que en España competen a órganos judiciales, en Inglaterra son decididos por estos tribunales legos.

¹⁷¹ La visión liberal, propia de la sociedad británica, determinó, según sostiene AULET BARROS, JOSE LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España*, *op.cit.*, p. 628, que tradicionalmente fuesen las personas agraviadas o determinadas instituciones quienes sostuviesen la persecución pública, haciéndolo, excepcionalmente y en casos de delitos muy graves, el *Attorney General*.

¹⁷² Se trata de una característica peculiar del sistema británico de persecución penal que DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales en Europa, Association de recherches pénales européennes*, *op. cit.* pp. 411 y ss, describe en este trabajo.

¹⁷³ Consecuentemente si la Corona se persona en el proceso, afirma DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, *op.cit.*, pp. 27-28, el particular queda fuera de él. Sin embargo, para la mentalidad inglesa lo normal es que sea el ofendido quien accione y mantenga la acusación, y, además y muy singularmente, que cuando lo haga lo hará con imparcialidad y objetividad. Mantiene el profesor que dicha mentalidad es, en el fondo, la que motiva la inexistencia de un Ministerio Fiscal, en Inglaterra, de un Ministerio Fiscal de tipo continental.

investigadoras, ya que jerárquicamente no se encuentra sometida a ningún fiscal, ni juez. De hecho, la acción penal la suele ejercer la policía, convención práctica y jurídico-política consolidada y aceptada comúnmente, lo cual no significa que ostente el monopolio de la acción penal, ya que la pueden ejercitar particulares, entes locales, departamentos ministeriales, o entidades públicas.

Organizativamente, la Policía inglesa no es un cuerpo centralizado -salvo en la ciudad de Londres- y depende de unidades territoriales bajo dirección de un Jefe de Policía (*Chief Constable*), que actúan con gran autonomía, y gozan de amplísima facultad para investigar y después imputar o no hacerlo, así como sustituirla por la denominada *caution*, pura práctica policial, tolerada y asumida por los tribunales y el Parlamento, y que consiste en una amonestación con efectos disuasorios, que permite desistir de la imputación en infracciones leves, y que es amplísimamente usada. Otra expresión de la discrecionalidad es la institución del *guilty plea*, o admisión de los cargos por el imputado y dictado de sentencia sin necesidad de juicio, en los términos más bien aceptados que pactados, por el imputado, sin una negociación tan clara como en el *plea bargaining* norteamericano. En la inmensa mayoría de los delitos leves y en gran parte de los graves es la forma normal de terminación del proceso. Con la remisión al *Magistrates Court*, comienza el proceso penal en puridad, que puede pasar directamente a vista oral o, en caso de delitos graves, abrir un juicio de acusación para decidir si se remite a la *Crown Court*.

A pesar de la gran reforma operada por la *Police Act* de 1964, con la intención de racionalizar servicio de Policía, la gran desconfianza anglosajona por la concentración de poder, hace que no exista supervisión ni órdenes directamente vinculantes, lo que conlleva que este órgano tenga una dilatada autonomía, con la única excepción de la de la ciudad de Londres (*Metropolitan Police*), que sí recibe órdenes operativas del Ministro del Interior. Desde la aprobación en 1985 de la *Prosecutions of Offences Act*, la institución de la *Crown Prosecution Service* es la que ejercita la acción penal en Inglaterra y Gales. Dicha institución fue creada tras un estudio previo y debido a la insatisfacción por el sistema de persecución penal.¹⁷⁴ Este Servicio carece de poder jerárquico sobre la Policía, que incluso puede enviar directamente al juez las diligencias de investigación¹⁷⁵, aunque para postular en juicio, el Servicio tendría que contratar un abogado.¹⁷⁶ El fiscal dispone de un gran margen de discrecionalidad, pero ha de ceñirse a los criterios que se recogen en el llamado *Code for Crown Prosecutors*, un catálogo o

¹⁷⁴ En la década de los 60 en Inglaterra se constató una insatisfacción por el sistema de persecución penal que, explica DíEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, op.cit, pp. 42-45, se atribuyeron a prácticas como la no separación entre investigación y acusación -que podía conducir a falta de imparcialidad- ausencia de profesionalidad en el ejercicio de la acción penal, y falta de uniformidad a nivel nacional de los criterios de represión criminal. Con el fin de estudiar la cuestión se formó una comisión consultiva parlamentaria independiente en 1977, la *Royal Commission on Criminal Procedure*, más conocida como *Phillips Commission*, que trabajó independientemente durante cuatro años, y presentó su informe final en 1981, en el que corrobora la imposibilidad de llevar a cabo una política criminal uniforme y propugnaba para solucionarlo la separación de la investigación y la acusación penal, y la creación de un Ministerio Fiscal, inspirándose en el derecho escocés, aunque organizando aquél no de forma centralizada, sino con un criterio territorial.

¹⁷⁵ El carácter adversarial del sistema inglés y galés implica que los tribunales no disponen de facultades de actuación de oficio por lo que resulta del todo necesario, apunta ARMENTA DEU, TERERSA, *La prueba ilícita, un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid 2011, pp. 25-29, la existencia de una acusación que aporte las pruebas incriminatorias y el acusado las de descargo, y no puede hablarse propiamente de fase de instrucción.

¹⁷⁶ Como consecuencia de esta posibilidad, apunta AULET BARROS, JOSÉ LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España*, op.cit. p. 632 se corre el riesgo de que la Policía, llevada por su celo profesional, efectúe acusaciones no basadas en criterios jurídicos sino criminalísticos, dando lugar a sonados escándalos a los que hace referencia.

listado en que se fijan los criterios para ejercitar o no la acción penal, y que se traducen en directrices que pretenden dar coherencia y unidad a la persecución penal, en general, y poner freno a la discrecionalidad en la medida de lo posible. El fiscal considera y examina las mismas, que giran en torno a la valoración realista de posibilidades de condena y la oportunidad o no de persecución penal, cotejándolas con las circunstancias del caso concreto que estudia para tomar aquella decisión. Existen, incluso, directrices internas con mayor grado de detalle.

El *Crown Prosecution Service* puede avocar para sí cualquier acusación sea quien fuere quien la hubiese promovido, y en vía de recurso es el único actor de la acusación, fuera quien fuere su actor inicial. Sin embargo, no se puede considerar que el *Crown Prosecution Service* sea un verdadero Ministerio Fiscal, incluso apenas puede considerarse un contrapeso efectivo del poder que la Policía tiene en lo relativo a la persecución penal y las funciones de investigación que sigue conservando.¹⁷⁷

La organización del del *Crown Prosecution Service* es de carácter centralizado, siendo una rama de la Administración General de la Corona, con gran autonomía funcional. Su director es el *Attorney General*, nombrado por la Corona a propuesta del Primer Ministro, es parte del Gobierno, pero no del Consejo de Ministros, y responsable ante el Parlamento. Sin embargo, no se puede equiparar al Ministro de Justicia del sistema continental. Uno de sus principales cometidos es la puesta en práctica de la política criminal diseñada por el Ejecutivo, con la dificultad que supone un sistema donde la acción penal se encuentra descentralizada y no existe unidad de actuación, aunque, por otra parte, dispone de facultades para poner fin a un procedimiento penal o conceder una inmunidad de persecución por razones de oportunidad.

Quien dirige realmente el *Crown Prosecution Service* es el *Director of Public Prosecutors*, redacta, además, el *Code for Crown Prosecutors*, y presenta ante el Parlamento un informe anual de la actividad de la Fiscalía. Disfruta de una gran autonomía respecto al *Attorney General*. De él dependen los fiscales jefes, *Chiefs Crown Prosecutors*, correspondientes a las demarcaciones territoriales en Inglaterra y Gales. En el último grado del escalafón se encuentran los *Crown Prosecutors*, funcionarios públicos que ejercitan la acción penal tan solo por delitos menos graves ante las *Magistrates Courts*. Las oficinas locales gozan de una gran autonomía en su ejercicio y lo normal es que no reciban ninguna instrucción en el desempeño de su función salvo supuestos de asuntos particularmente comprometidos.

De los delitos graves con Jurado ante las *Crown Courts* se encargan los *barrister* o *solicitors* de la institución, aunque cabe la posibilidad de contratar los servicios de un profesional ajeno en caso de no contar con ellos.

¹⁷⁷ Incluso en el caso de existencia material probatorio suficiente en Inglaterra, manifiesta AULET BARROS, JOSE LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España, op.cit.*, 1998, pp. 628 y 629, no existe una obligatoriedad legal de ejercer la acción penal, estando sometida dicha consideración a razones de oportunidad y conveniencia. A diferencia del mundo continental, donde el Ministerio Fiscal no se encuentra en el mismo plano de igualdad que las partes, en el inglés lo está con el letrado, en plena sintonía con la puridad del proceso adversarial anglosajón.

1.5.7. Estados Unidos.

En la organización judicial estadounidense, dada su naturaleza de estado federal, coexisten dos organizaciones judiciales: la federal, compuesta por el Tribunal Supremo (*United States Supreme Court*) y los Tribunales Federales inferiores, y la propia de cada estado miembro. Esta última con su correspondiente Tribunal Supremo (*Supreme Court*), unos intermedios o de apelación (*Superior Courts, Circuit Courts o Court of Appeals*), los tribunales de primera instancia (*County, District Courts, First Instance Judge, o Trial Judge*) en cada demarcación territorial del condado, y en la base de la organización, los Juzgados de Paz (*Justice of the Peace*), con abundantes competencias en materia civil y penal.¹⁷⁸ Respecto a la Fiscalía norteamericana, su origen histórico data de 1789, con la promulgación de la *Judiciary Act*¹⁷⁹. Surgió así el *Attorney General* y los fiscales, *United States Attorneys*. Con el paso de los años, el Ministerio Fiscal se ha convertido en el actor principal de la persecución penal, siendo imprescindible su actuación para el ejercicio de la misma. Su imbricación en el Ejecutivo es total,¹⁸⁰ pero, sin embargo, dispone de un grado de discrecionalidad importantísimo. El acceso al cargo se realiza mediante votación popular, consecuencia del principio democrático tradicional norteamericano, que lo contempla como el sistema más respetuoso para acceder a cualquier cargo público.

El órgano supremo es el *United States Attorney*, que es, a su vez, el Jefe del Departamento de Justicia, jefe de la Policía y responsable del orden interno nacional y que actúa defendiendo los intereses del Gobierno Federal. Diseña las directrices generales dirigidas a los Fiscales estatales, pero jerárquicamente no es su superior, y éstos disfrutan de una autonomía notable. Forman parte, además, de esta organización el Vicefiscal General (*Deputy Attorney General*) y el Fiscal General Asociado (*Associate Attorney General*).

En el siguiente nivel se encuentran los Fiscales Estatales (*United States Attorneys*) y los Fiscales de Distrito (*District Attorneys*), que son los que sostienen la acción pública en los delitos comunes, y que cuando comparecen ante el Tribunal se denominan *Public Prosecutors*. Los fiscales ejercen la acción penal en nombre del Pueblo estadounidense y poseen el monopolio de la acción penal. Es característica de la Fiscalía norteamericana su falta de subordinación al respectivo Fiscal Estatal y su gran independencia de criterio.

¹⁷⁸ Una visión acerca del sistema organizativo judicial norteamericano la realiza GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, *Introducción al Derecho Norteamericano*, Ediciones Experiencia, Barcelona 2017, pp. 57-69. En relación al Ministerio Fiscal estadounidense, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, op.cit., pp. 38-40. Una aproximación a la configuración del Ministerio Público en los EEUU que resalta sus particularidades es tratada por DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, op.cit., pp. 51-71.

¹⁷⁹ La configuración peculiar del fiscal norteamericano es estudiada por MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, op.cit., p. 76, que atribuye su caracterización a la tradición anglosajona del *common law*, pero también a aportaciones continentales, lo que configura al Ministerio Fiscal estadounidense como una institución realmente singular y de una notable especificidad.

¹⁸⁰ La clarísima dependencia, explícita y pública, del Ministerio Fiscal estadounidense respecto del Gobierno, la pone de manifiesto LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, op.cit. p. 191, obteniendo su legitimación de éste.

Los ayudantes del Fiscal (*assistants* o *deputies*), último grado del escalafón, son los que, en la práctica, por delegación del titular del cargo, normalmente se encargan del caso desde su inicio hasta su finalización.

Además de los expresados, existe un tipo especial de figura de fiscal independiente (*Special Prosecutor*) previsto para casos en que se enjuicie a altos cargos del poder Ejecutivo. Es el *Attorney General* quien decide si se produce un supuesto de esta naturaleza tras realizar una investigación pertinente.

El acceso al cargo de fiscal varía en función de cuál se trate. El *Attorney General* y los Fiscales Jefes estatales (*United States Attorneys*), los nombra el presidente de los EEUU por 4 años renovables indefinidamente, pero su cese debe contar con la anuencia del Senado estatal. Estos altos cargos fiscales se consideran parte de una carrera política. Los fiscales de distrito son elegidos por votación popular, en tanto que sus ayudantes los elige éste.

1.6. La actividad investigadora del Ministerio Fiscal, presente y futuro.

1.6.1. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal.

Con excepción de los delitos privados, en el proceso penal el Ministerio Fiscal es siempre parte necesaria, aunque para acusar precisará la existencia de prueba suficiente y, en cualquier fase del proceso, deberá tener en cuenta, tanto las circunstancias “adversas como favorables” del presunto reo (art. 2 y EM de la LECr, art. 3.4 EOMF).¹⁸¹ En la interpretación de la ley penal el fiscal debe actuar con razonabilidad, lógica, y previsibilidad, así como con pautas valorativas basadas en la constitución. La defensa de la legalidad, desde esta perspectiva, que debe mostrar el fiscal ofrece un doble sentido: atender el interés general y abstenerse de identificarse con las posiciones de las partes.¹⁸²

En puridad, el modelo de proceso penal español diseñado en la LECr el rol del fiscal no es el instruir sino el de promover y controlar la instrucción judicial, cooperando con el juez para preparar la fase oral, ya que el proceso penal de este texto legal está informado por el principio de oralidad, siendo en dicha fase, donde de forma concentrada y en unidad de acto, pueda desarrollarse toda la prueba.¹⁸³

¹⁸¹ La misma idea es recogida en Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, REC (2000) 19 sobre papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, cuyo punto 17 recoge que el Ministerio Fiscal “garantizará la igualdad de cada uno ante la ley, tendrá en cuenta debidamente la situación del sospechoso y tomará en consideración todos los elementos del caso susceptibles de presentar interés, sean a favor o en contra del sospechoso”.

¹⁸² De esta forma LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, op.cit. pp. 176-183, efectúa la distinción de la defensa objetiva que el fiscal debe al interés general definido por la ley y, por otra parte, la imparcialidad entendida como desvinculación de los intereses concretos de las partes, colocándose por encima de ellas, en su calidad de “meta-parte” según el autor, naturalmente diferente a la del juez decisor, que se encuentra sobre las partes.

¹⁸³ En España, a diferencia de Alemania, donde el fiscal debe realizar investigaciones cuando tiene noticia de la comisión de la infracción penal, y en caso de que, tras éstas, encuentre suficientes elementos incriminatorios, acusar, no existe esta obligación ya que este cometido recae sobre el juez de instrucción. Ciertamente el art. 773 LECr habilita al fiscal a la práctica de diligencias de investigación, pero éstas no tienen reconocido el mismo valor que las efectuadas por el juez de instrucción, por lo que, en muchas ocasiones, no suponen sino un trámite dilatorio, según sostiene GUIBERT OVEJERO, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, op.cit., p. 52.

Esta primera fase instructora se diferencia del proceso civil en que en éste la acción incluye la pretensión y, en que ambas se despachan en un único escrito de demanda. En el proceso penal, sin embargo, la pretensión punitiva se demora a un posterior momento puesto que resulta preciso, previamente, averiguar las circunstancias de la infracción punible, tanto fácticas, como de índole personal, es decir, la instrucción de la causa para investigar aquellas.¹⁸⁴

La instrucción conlleva un conjunto de actuaciones tendentes a conocer todas las circunstancias del hecho delictivo, objetivas y subjetivas, con el fin de preparar el juicio oral o excluirlo, cabiendo en el curso la misma, medidas cautelares de aseguramiento del proceso de carácter personal o real. Las funciones de esta fase, denominada “sumario”, vienen recogidas en el art. 299 LECr, centrándose en “las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

El Ministerio Fiscal no precisa de ninguna forma de personación para intervenir en el proceso, el art. 773.1 LECr indica que “el Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley (...) y que velará por el respeto de las garantías procesales del investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito”. Este artículo enumera también las formas mediante las cuales el Ministerio Fiscal participa en la instrucción, correspondiéndole el impulso y la simplificación del procedimiento, proponiendo y aportando prueba, instando medidas cautelares y la conclusión de la investigación tan pronto como lo considere oportuno. Esta disposición tiene su correlato, más sintético, en el art. 3.5 EOMF.¹⁸⁵

Otra importante función del Ministerio Fiscal, la función inspectora, se encuentra recogida en el art. 306 LECr, atribuyéndole la inspección directa de los sumarios de los delitos públicos, que efectúa de forma directa o mediante los llamados “testimonios de relación” que el juez tendrá que remitirle. Esta función controladora e informativa se encuentra prevista también en el art. 4.1 EOMF “para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas” si observare irregularidades podría ponerlas en conocimiento del órgano competente (art. 423 LOPJ).

En la fase intermedia, tras el procedimiento preliminar y previa a la fase oral, el fiscal tiene que realizar una valoración previa, a veces complicada, sobre el material probatorio con que cuenta para solicitar la apertura del juicio oral mediante la presentación del escrito de acusación, llamado también de conclusiones provisionales o, por el contrario, solicitar el sobreseimiento provisional o libre de la causa, y sobre las posibilidades de obtener una condena, considerando, para ello, tanto las circunstancias favorables como adversas para ésta.¹⁸⁶ Solo

¹⁸⁴ Dicha distinción entre ambos procesos es recogida por GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho Procesal Penal*, op.cit., p. 327.

¹⁸⁵ La Instrucción de la FGE 2/2008 de 11 de marzo sobre “las funciones del fiscal en la fase de instrucción”, pormenoriza el desarrollo estas obligaciones del Ministerio Fiscal e insiste en su obligación de hacer un seguimiento de los procedimientos penales que les correspondan por reparto, así como la necesidad de instar la rápida conclusión de la instrucción, y oponerse a diligencias innecesarias o redundantes.

¹⁸⁶ En el ordenamiento inglés existe un mecanismo tasado a modo de auto-cuestionario, incluidos en los *Code for Crown Prosecutors*, para hacer esta valoración atendiendo unas pautas prefijadas, tal como se ha desarrollado en el apartado 1.5.6.

acusará cuando “resulte debidamente justificada la perpetración del delito (...) y haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas” (art. 641 LECr *sensu contrario*). El Ministerio Fiscal puede oponerse a una acusación ejercida por otro cuando la considera infundada (art. 3.4 EOMF), como resulta muy frecuente en la praxis judicial.

Si el fiscal considera que ha de acusar, deberá atenerse objetivamente a parámetros objetivos y razonables en función a las circunstancias del hecho y su autor, para solicitar dentro de la franja de penas posibles, las más adecuadas, aunque es una práctica muy habitual solicitar penas máximas para facilitar así una posible conformidad.

En general, el fiscal que interviene en el juicio oral no es el que intervino en la fase de instrucción o efectuó el escrito de calificación provisional sino a quien corresponde por turno de reparto de trabajo. Se suelen exceptuar causas relevantes o que han resultado de instrucción compleja.

El juicio oral comienza, en su caso, con cuestiones previas propuestas o contestadas por el fiscal. Su participación durante la vista consiste en interrogatorios al imputado, testigos, peritos, propuesta de lectura de prueba documental, en su caso, y, para terminar, el informe oral final tras haber mantenido o modificado sus conclusiones provisionales. En raras ocasiones, casi siempre por motivos excepcionales, se produce una retirada de acusación, encontrándose sometida a un control que conlleva un informe motivado por escrito.¹⁸⁷

La actitud que debe mantener el miembro del Ministerio Fiscal durante el desarrollo de la vista, a semejanza de los magistrados, es la del “ánimo sereno”, es decir, desapasionada, y con respeto al acusado debe exigir que el comportamiento en sala de éste sea respetuoso y, si no fuere así, impeler al magistrado o presidente para que le haga las advertencias legales, así como velar por el derecho a la última palabra de aquel, como reconoce el art. 6.3 c) CEDH y el art.14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966, encontrándose dicha previsión también recogida en el ordenamiento jurídico español.¹⁸⁸ Una vez firme la sentencia su ejecución es, según el art.

¹⁸⁷ La Instrucción 1/1987, de 30 de enero, sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, trata en su apartado II de las retiradas de acusación. Ya en una fecha tan lejana, la FGE llama la atención sobre la renuencia de la institución a usar este instrumento, una inercia que, a pesar del tiempo transcurrido, sigue existiendo. La entonces cercana CE imponía, sin embargo, un nuevo valor constitucional a considerar; la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que debería haber posibilitado un uso menos rígido de la retirada de acusación. En el plano técnico del problema, la Instrucción da una serie de pautas procedimentales e interpretativas, para ajustar las retiradas según el tipo de procedimiento, observándose en todas ellas la común la obligatoriedad de consultarlas con el Fiscal Jefe previamente a ejercitarlas. Llama la atención el apartado e), en el que se exige que, de todas las retiradas de acusación, se dé cuenta en las Juntas de Fiscalía, con la consiguiente posibilidad de debatir sobre las mismas, escuchando incluso al fiscal que efectuó la calificación provisional si fuera diferente que el que compareció en el juicio oral -el supuesto más normal, salvo en causas complejas-. En la praxis de las Juntas, sin embargo, éste es un tema que nunca se trata.

¹⁸⁸ Dispone el art. 739 LECr “Terminadas la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal (...)”. La STC 181/1994, de 20 de junio, (BOE de 26 de julio de 1994), alude al carácter personal de esta manifestación del derecho de defensa, encontrando el fundamento de la misma en el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en justicia”. Trata las características, contenido y alcance de este derecho ASENSIO GALLEGO, JOSÉ MARÍA, “El derecho a la última palabra del acusado”, *La Ley Penal*, núm. 156/2022, describiendo la naturaleza fundamental, personal, potestativa y no absoluta del mismo, así como su regulación legal.

117.3 CE, de carácter jurisdiccional, y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE¹⁸⁹.

Al Ministerio Fiscal le corresponde la supervisión de las resoluciones judiciales; en el punto 3 de la Recomendación (2000)19 a los estados miembros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal (adoptada por el comité de ministros el 6 de octubre 2000), se atribuye entre otras funciones del Ministerio Fiscal, la de supervisar la ejecución de las decisiones judiciales, siendo especialmente importante en las penas privativas de libertad¹⁹⁰. En este aspecto, durante la vigencia de la pena existen multitud de actuaciones procesales¹⁹¹ que pueden tener una gran incidencia en los derechos de los penados. Normalmente, la intervención del Ministerio Fiscal en esta fase es escrita y se despacha por medio de dictámenes y traslados que deben ser “pulcros, claros e inteligibles”¹⁹². En el caso de que la pena sea privativa de libertad, el órgano jurisdiccional competente específico para la ejecución de la misma es el Juez de Vigilancia penitenciaria, cuya misión es fiscalizar la actividad penitenciaria y ejecutar aquella.

La fase de ejecución está regulada en los arts. 983 a 998 LECr. Corresponde al juez o Tribunal, siendo el letrado de la Administración de Justicia el encargado de dar impulso al cumplimiento de la misma. No hay alusiones específicas al Ministerio Fiscal, pero sí en el art. 3.9 EOMF que encomienda a éste “velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social”.¹⁹³

¹⁸⁹ La STC 231/2015, (ECLI:ES:TC:2015:231) de 5 de noviembre, sostiene que “En el acervo de nuestra jurisprudencia está, desde el principio, que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) integra, como uno de sus elementos naturales y más propios, la garantía de que las resoluciones judiciales firmes sean ejecutadas en sus propios términos” (por todas, SSTC 109/1984, de 26 de noviembre, FJ 4 E), BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984, y 211/2013, de 16 de diciembre, FFJJ 1 y 4, (BOE núm.15, de 17 de enero de 2014), pues, si así no fuera, tales decisiones y los derechos que en ellas se reconocen quedarían en meras declaraciones de intenciones (por todas, SSTC 139/2005, de 26 de mayo, FJ 3, BOE núm. 148, de 22 de junio de 2005, y 10/2013, de 28 de enero, FJ 2, BOE núm. 49, de 28 de enero de 2013), con daño intolerable para quienes hubieran obtenido aquéllas y, desde luego, para el mismo Estado de Derecho, art. 1.1 CE y STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 5 A, (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1998).

¹⁹⁰ Aunque no solo en ellas, ya que se puede producir falta de tutela judicial con cualquier otro tipo de pena. El *Libro Blanco del Ministerio Fiscal* de 2014 abunda en este sentido al recordar que el papel del fiscal es también básico en la fase de ejecución, ya que debe velar por el cumplimiento de la pena para que ésta consiga su objetivo, así como debe también proteger a la víctima. El citado texto, arguye, también, que la legislación resulta insuficiente en lo relativo a la ejecución de penas que no sean privativas de libertad.

¹⁹¹ Tales como liquidación de condena, indultos, sustituciones y suspensiones, cuestiones civiles, refundiciones de condenas, etc.

¹⁹² Instrucciones FGE 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal e Instrucción 1/2010, de 29 de julio, sobre funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales.

¹⁹³ En el seno de esta fase, otra función atribuida al Ministerio Fiscal consiste en las visitas a los centros penitenciarios con el objeto de comprobar en qué condiciones se produce la ejecución de la pena privativa de libertad previstas en los art. 3.3 y 4.2 EOMF, y desarrolladas en la Circular de la FGE de 25 de abril de 1978 y la Instrucción 4/1986 de 16 de diciembre de 1986. A nivel internacional, las normas de las Reglas Penitenciarias Europeas (Recomendación Rec (2006)2 del Comité de ministros del Consejo de Europa), en su art. 92.12, aluden a esta obligación “Un organismo gubernamental inspeccionará regularmente las prisiones para valorar si son gestionadas conforme a las disposiciones legales nacionales e internacionales y conforme a estas reglas, *Libro blanco del Ministerio Fiscal 2013*, Consejo Fiscal, Madrid, 2014, p. 24.

1.6.2. Las diligencias de investigación del fiscal.

La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre modificó el art. 773.2 LECr, que desarrolló el art. 5 EOMF, introduciendo las llamadas diligencias informativas a cargo del Ministerio Fiscal.¹⁹⁴ Se trata de actos de investigación llevados por el Ministerio Fiscal y que tienen una duración máxima de seis meses, tras los que procede decretar su archivo o interponer ante el Juzgado de guardia, querrela o denuncia por parte de aquel. De su aplicación (en la práctica escasísima¹⁹⁵ y con muchas dificultades de implementación en las fiscalías¹⁹⁶) se ocupan un buen número de circulares e instrucciones de la FGE¹⁹⁷, siendo la más relevante, reciente y exhaustiva, la Circular 4/2013. Reformas posteriores en el EOMF han mantenido esta modalidad de investigación del fiscal. Su naturaleza, preliminar o preparatoria al juicio oral, ha sido discutida.¹⁹⁸

No existe impedimento legal para que el objeto de la investigación recaiga sobre cualquier delito, excepción hecha de aquellos de naturaleza privada, (art. 773.2 LECr), precisando los semipúblicos denuncia previa del ofendido. Las diligencias tienen su inicio tras el conocimiento por parte del Ministerio Fiscal de la *notitia criminis*, bien sea por atestado policial, o denuncia, incoándose mediante un decreto del fiscal.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Sobre los principios rectores de estas diligencias de investigación se ocupa GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA ROSA, *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal. Ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 151-156. La actividad indagatoria del Ministerio Fiscal ha sido calificada, expone ALFONSO RODRÍGUEZ, ADRIANO, “Investigación penal del Ministerio Público y Derecho de defensa”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 25/2019, de diversos modos: diligencias de investigación, preliminares, informativas o preprocesales, según la propia FGE, con una notable imprecisión terminológica.

¹⁹⁵ Es quizá en determinadas formas de delincuencia tales como la económica y la corrupción donde esta actividad investigadora del Ministerio Fiscal tiene mayor relevancia, según sostiene el *Libro blanco del Ministerio Fiscal 2013*, Consejo Fiscal, Madrid, 2014, p. 19. No obstante, ni siquiera en los órganos especializados del Ministerio Fiscal, deja tener un uso residual si se compara el número de procedimientos judiciales (17.348), el que se hace de esta modalidad. En la memoria del año 2019 de la Fiscalía Especial Antidroga, por ejemplo, se mencionan tan solo 114 diligencias de investigación en trámite. https://www.fiscal.es/documents/20142/183863/memoria2019_fiscalia_antidroga.pdf/7f996947-ed48-7c1a-56c8-e6ddaa123209.

¹⁹⁶ Las dificultades, técnicas y doctrinales, que impiden aplicar más extensamente las diligencias de investigación del fiscal, son estudiadas por IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, JESÚS MARÍA, “La investigación preliminar del fiscal: aprendamos de la experiencia”, *Diario La Ley*, núm.7122/2009, desde el punto de vista de la práctica diaria en las fiscalías. En un plano más teórico, MUÑOZ CUESTA, JAVIER., “Finalidad y eficacia de las actuales diligencias de investigación del fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2017, analiza también esta modalidad procesal. También se ocupa de ellas DOLZ LAGO, JOSÉ MANUEL, “Valor de las diligencias preprocesales del fiscal: no son prueba”, *Diario La Ley*, núm. 8956/2017. Una visión práctica y sintética de las diligencias de investigación es suministrada por CASTANÓN ÁLVAREZ, MARÍA JOSÉ, ECHARRI CASI, FERMÍN JAVIER, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, XABIER, *Práctica procesal penal*, Dykinson, Madrid 2020, pp. 115-120.

¹⁹⁷ Previsiones contenidas en la siguientes textos de la FGE: Consulta nº 2/1995, de 19 de abril, acerca de dos cuestiones sobre las Diligencias de Investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad, Instrucción 9/2005, de 28 de julio, sobre la designación de fiscales especialistas en materia de incendios forestales, Instrucción 4/2006, de 12 de julio, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada, e Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial.

¹⁹⁸ Se inclina por su naturaleza preparatoria integrante de la instrucción judicial, ALFONSO RODRÍGUEZ, ADRIANO JACINTO, “Investigación penal del Ministerio Público y Derecho de defensa”, *op.cit.*, más que por su carácter previo a ésta, lo cual convertiría, obviamente, al Ministerio Fiscal en un órgano verdaderamente instructor, reseñando igualmente la discusión doctrinal acerca de su naturaleza sobre la que realiza una síntesis.

¹⁹⁹ Sobre la manera que el Ministerio Fiscal puede tomar conocimiento del hecho delictivo y la toma de decisión de éste AGUILERA MORALES, MARIEN, *Las diligencias de investigación del fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2015, pp. 111-125.

Las diligencias que puede practicar el Ministerio Fiscal en el curso de esta investigación son, según el art. 5.2 EOMF, todas aquellas “para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva (...)”. Puede así dar órdenes a la Policía Judicial y a terceros las diligencias que estime oportunas (arts. 3.5 y 4.3 y 4 EOMF).²⁰⁰

Conviene subrayar que, aunque el Ministerio Fiscal sea parte acusadora en el proceso penal, cuando lleva a cabo estas diligencias de investigación, en su modo de proceder, ha de respetar los principios de imparcialidad y objetividad (art. 7 EOMF), y considerar todas las circunstancias, tanto favorables como desfavorables, del investigado (art. 2 LECr), o incluso abstenerse en caso de incurrir en causa para ello (art. 96 LECr). Por otra parte, el derecho de defensa debe ser respetado en estas diligencias, de igual manera que ante el Juez de Instrucción²⁰¹. Establece, para ello, el art. 4.2 EOMF que deberán respetarse los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa, la asistencia letrada, y el acceso a todo el material probatorio de la defensa. No cabe decretar el secreto de las diligencias que serán siempre accesibles a ésta.

La Circular de la FGE 4/2013, sobre diligencias de investigación, enumera aquellas para las que el fiscal está legitimado y para cuáles no²⁰². Tal como preceptúa el art. 5.2 EOMF, no podrá llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias que pudieran suponer “la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos”, tales como intervenciones telefónicas o entradas y registros. Además, el Ministerio Fiscal puede recabar informes de la Policía Judicial, Médicos Forenses, o Institutos y personal colaborador de la Jurisdicción, que emitirán dictámenes, peritajes o informes que gozarán, como tales, de valor de documento público auténtico.

Las diligencias de investigación no se pueden convertir en una suerte de inquisición sobre quien las sufre, de manera que el art. 5.2 EOMF establece un plazo determinado, que fía a la proporcionalidad con la naturaleza del hecho que origina la investigación, pero que, en

²⁰⁰ Las diligencias que puede acordar el Ministerio Fiscal durante la tramitación de estas actuaciones son tratadas por AGUILERA MORALES, MARIEN, *Las diligencias de investigación del fiscal*, *op.cit.*, pp. 141-163, que expone una compleja casuística. En cualquier caso, no son pocas las que el Ministerio Fiscal puede efectuar, con el límite taxativo de las entradas y registros, y la intervención de comunicaciones y obtención de datos de tráfico.

²⁰¹ Dichas facultades de defensa en la fase prejudicial no son oportunas según IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, JESÚS MARÍA, “La investigación preliminar del fiscal; aprendamos de la experiencia”, *op.cit.*, p. 6, al entender que no todas ellas terminarán, evidentemente, en una investigación judicial, y si lo hicieren, será en este momento en que se podrá impugnar y rebatir el resultado de la investigación. En este orden de garantías conviene reseñar la STS 16/2017, de 11 de enero de 2017, (Tol 593566), que señaló la obligatoriedad de practicar la diligencia de declaración del sospechoso en presencia de letrado. Sostiene la sentencia que no puede relajarse el nivel de garantía procesal “en función del modelo de investigación en que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias”. MARTÍN QUERALT, JUAN BAUTISTA, “El derecho de defensa en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal”, *Carta Tributaria*, núm. 28/2017, comenta esta sentencia.

²⁰² Podrá practicar ruedas de reconocimiento, reconocimientos fotográficos, informes periciales de antropometría o Iofoscopia, inspección ocular, careos, intervención de agendas o dietarios del imputado, grabaciones videográficas, entregas vigiladas de drogas o estupefacientes, autorización de la técnica del agente encubierto según el art. 282bis LECr, recabar información de la Administración tributaria, y entidades bancarias. No podrá, sin embargo, practicar pruebas como las intervenciones telefónicas, ni la entrada y registro en domicilio o lugares distintos a éstos, de conformidad con los arts. 545 a 572 LECr. Un estudio general sobre las actuaciones preprocesales del fiscal a cargo de RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL, “La competencia del Ministerio Fiscal para la investigación de actos delictivos”, AAVV, (Dir. ABEL LLUCH, XAVIER), *Estudios sobre Prueba Penal: actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, La Ley, Madrid 2010, pp. 235-310.

cualquier caso, y salvo prórroga del FG, no podrá superar los 6 meses. El artículo prevé también un plazo superior, de 12 meses, igualmente prorrogables, para delitos enumerados en el art. 19.4 EOMF y de los que se ocupa la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, delitos de complejidad fáctica cuya investigación puede conllevar peritajes o auditorías contables enmarañados.

La conclusión de las diligencias de investigación puede efectuarse de dos formas. La primera por el archivo de las mismas, bien “cuando el hecho no revista los caracteres de delito” (art. 773.2 LECr) o no exista evidencia de hechos de significación penal (art. 5.3 EOMF), o en el caso de investigaciones seguidas por denuncia o atestado, cuando “no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante” (art. 5.1 EOMF). La segunda forma de concluir las diligencias es su remisión al Juzgado de guardia, según el art. 5.3 EOMF “el Fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela”. La forma de querrela será sólo preceptiva para los delitos contra la Seguridad Social y la Hacienda Pública (arts. 308 y 307 CP) pudiendo optar entre querrela o denuncia en el resto de los tipos. Contra el decreto de archivo no cabe recurso, por ello, se establece en el art. 5.1 EOMF la obligación del Fiscal de notificar el archivo al denunciante, para que este pueda acudir a la vía judicial.

Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal tienen el objeto determinar si existen los elementos de hecho necesarios para que aquél pueda ejercitar la acción penal o desista de hacerlo. Ahora bien, durante la investigación, se realizan actos de instrucción que pueden obviamente, suponer elementos de prueba susceptibles de utilización. En relación con esta cuestión el art. 5.2 EOMF establece una presunción de autenticidad para todas las diligencias que practique el Ministerio Fiscal²⁰³. En la justicia de menores se da un supuesto asimilable, ya que el fiscal, que actúa en un rol similar al juez de instrucción, puede generar prueba documental e introducirla vía el art. 741 LECr en el juicio oral considerándolo el TC ajustado a Derecho.²⁰⁴

Cabe la posibilidad de que el fiscal practique actos de prueba preconstituida en algunas determinadas circunstancias de urgencia. Según la Instrucción de la FGE 3/2004, de 29 de marzo, podría dictar actas de constancia, o incluso, practicar inspecciones oculares, aunque en estos casos la urgencia tendría que estar debidamente acreditada porque de otra manera debería sino el fiscal interponer la correspondiente denuncia para su práctica por el juez.

²⁰³ La naturaleza de esta presunción la identifica ALFONSO RODRÍGUEZ, ADRIANO JACINTO, “Investigación penal del Ministerio Público y Derecho de defensa”, *op.cit.*, p. 185, como *iuris tantum*, y estima que supone simplemente una verdad formal, indicadora de que la diligencia se ha practicado y que de su resultado existe una constancia documental, pero sin que suponga una verdad oficial. Dicha pretensión de autenticidad es, sin embargo, discutida por GIMENO SENDRA, VICENTE, *Manual de Derecho procesal penal*, *op.cit.*, p. 351, que, considerando que el Ministerio Fiscal, a pesar de su sujeción a la legalidad y al principio de imparcialidad, no deja de ser la parte acusadora, y dicha presunción solo quedaría avalada si se practica por una autoridad verdaderamente independiente, el órgano judicial. Sobre esta misma cuestión IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, JESÚS MARÍA, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Cizur Mayor 2001, p.111.

²⁰⁴ En efecto, la STC 206/2003, de 1 de diciembre, (ECLI:ES:TC:2003:206), afirma la constitucionalidad de la incorporación, como prueba al plenario, de la declaración del menor, practicada ante el Fiscal de Menores por el sistema previsto en el art. 714 LECr, pues garantiza la publicidad, contradicción e inmediación exigibles a toda prueba. El fundamento jurídico 4º de la sentencia establece pues, que las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal gozan de la presunción de autenticidad que le atribuye, en efecto, el art. 5.2 EOMF. La sentencia es comentada por MARTÍN PASTOR, JOSÉ, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la prueba en el proceso penal. Consideración especial sobre el valor probatorio de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal a propósito de la STC 206/2003 (Sala 1.ª), de 1 de diciembre”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 5/2004.

La ley 41/2015, de 5 octubre, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales introdujo el procedimiento de la aceptación por decreto -que puede cuestionar el derecho de defensa-²⁰⁵, una propuesta sancionadora del fiscal en supuestos de penas de multa y privación del permiso de conducir, en el seno de las diligencias de investigación sin necesidad siquiera de haber practicado diligencia alguna o dado audiencia al encausado.

1.6.3. Hacia un modelo de investigación por el Ministerio Fiscal.

Aunque al final del presente trabajo se realiza un estudio más pormenorizado sobre las novedades de los Proyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal, y Borrador de Código Procesal Penal de la anterior década, se ha considerado oportuno hacer una referencia genérica en el presente apartado con el objeto de introducir el objeto de estudio en este momento.

1.6.3.1. Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 julio de 2011 y Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

La idea de que el fiscal sea el director de la investigación oficial se viene reiterando, de forma constante, desde hace décadas. El propio *Libro Blanco del Ministerio Fiscal* recoge la opinión de la Carrera, al parecer, proclive a dicha opción ²⁰⁶.

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (en adelante, ALECr 2011)²⁰⁷, las funciones investigadoras, previas a la fase procesal, quedaban encomendadas al Ministerio Fiscal. En esta fase, no jurisdiccional, la defensa tendría unas facultades limitadas de intervención -aunque podría proponer también en esta fase prueba de descargo- pero, igualmente, las pruebas que se llevasen a cabo no gozarían de la valoración exorbitada que actualmente tienen por el hecho de ser practicadas por un juez. Durante la fase de la investigación oficial, el juez no tendría otra actividad sino la de autorizar las medidas restrictivas de derechos y las cautelares (art. 490 ALECr 2011), así como (arts. 481 ALECr 2011 y ss) el control de la relevancia penal del hecho, duración del procedimiento, secreto de las actuaciones, actividades de complemento de la investigación, mediante la práctica de las

²⁰⁵ Así lo estima y razona ALFONSO RODRÍGUEZ, ADRIANO JACINTO, "Investigación penal del Ministerio Público y Derecho de defensa", *op.cit.*, p. 189 y ss.

²⁰⁶ Ya en el *Libro blanco del Ministerio Fiscal de 1995* se apoyó esta función de manera mayoritaria por el Consejo Fiscal, pero siempre y cuando se materializase de una determinada manera; debería tratarse de una verdadera instrucción, no una mera supervisión, y darse opción a los particulares para que una vez finalizada aquella, pudiesen instar al juez una instrucción suplementaria en caso de que lo juzgasen conveniente. De igual manera el papel del Ministerio Fiscal debería centrarse más en preparar la acusación que instruir: motivo por el que la defensa tendría derecho a acudir al juez y solicitarle la práctica de la prueba que le interese. También se deberían resolver los problemas que acarrea la existencia de varias acusaciones, y, por último, se consideraba del todo necesario un incremento de medios personales y materiales. Finalmente, se estimaba que se debería conceder a los fiscales autonomía para la investigación, y prohibir las órdenes particulares para investigaciones concretas. El más reciente *Libro Blanco de 2013*, sin embargo, no hace mención a la eventual asunción del Ministerio Fiscal de la dirección oficial de la investigación.

²⁰⁷ Aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011.

diligencias esenciales que hubieran sido indebidamente denegadas, y las de aseguramiento de las fuentes de prueba personal que se consideren en riesgo.²⁰⁸

La Propuesta o Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (en adelante, BCPP 2013)²⁰⁹, no pasó de la fase de texto prelegislativo, al terminar la legislatura de forma precipitada disolviéndose las cámaras el 27 de septiembre de 2011, y aunque mostraba diferencias importantes con el Anteproyecto interior, en líneas generales, mantenía el mismo paradigma de proceso penal. En lo tocante al papel del Ministerio Fiscal y relación con la investigación oficial, su rol pasaba a ser, en comparación con el ALECr 2011, el de un agente tramitador, dentro de un proceso jurisdiccional, y no el del director de la investigación. El papel del Juez de Garantías era muy intenso en este modelo: cualquier denegación de prueba del fiscal podía ser recurrida, dejando en la práctica la investigación en manos de aquel y postergando al fiscal a una labor de mero ejecutor de diligencias. La propuesta retenía para el Juez de Garantías una serie de práctica de diligencias, o incluso, preveía la autorización al fiscal para la práctica de otras que no eran limitativas de derechos fundamentales. Sería, además, este Juez quien acordase la continuación del procedimiento para la formulación del escrito de acusación, pudiendo muy bien, por su conocimiento del asunto vía impugnaciones, tener ya prefijada una posición determinada. Una posibilidad que casaba mal con el respeto al principio acusatorio.²¹⁰

La Policía Judicial quedaba integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal, con la consiguiente capacidad para dictar órdenes e instrucciones de éste. La propuesta era especialmente rigurosa con el plazo para la investigación que fijaba en seis meses susceptibles de prórroga por el Juez de Garantías. La mediación penal aparecía regulada, pero de forma incompleta y en términos excesivamente genéricos, como se analizará con más profundidad en el apartado correspondiente de este trabajo. Acogía el principio de oportunidad enumerando un elenco de criterios prefijados para que la persecución penal decayese; sin embargo, el Tribunal de Garantías podría denegar el sobreseimiento si existía parte acusadora y consideraba que existía motivo fundado para enjuiciar el hecho.

1.6.3.2. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

La LECr de 1882 resulta, hoy día, irreconocible, tras, como señala la EM del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, ALECr 2020), haber experimentado 77 modificaciones, 54 de ellas efectuadas tras la promulgación de la CE. Es un

²⁰⁸ Una caracterización básica sobre el Ministerio Fiscal diseñado respectivamente por el ALECr 2011 y BCPP 2103, la ofrece GARCÍA CALDERÓN, JESÚS MARÍA, “El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZAO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 967-971.

²⁰⁹ Sobre el borrador de 2013 un estudio pormenorizado, y una importante fuente de información, que toca las distintas novedades desde un espectro amplio de visiones por AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

²¹⁰ El profesor italiano FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 2001, p. 611, teórico del garantismo penal, afirma que es preciso no mezclar las funciones de acusar y enjuiciar en el mismo sujeto de ninguna manera, algo que, según sostiene, se produce en el proceso mixto, en el que el Ministerio Fiscal recaba pruebas y decide sobre la libertad del imputado, y el órgano judicial instructor practica prueba e investigaciones ayudado por la acusación. Desde su faceta jurisprudencial RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva; análisis jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 318-342, analizan en esta formidable monografía el contenido del principio acusatorio en el derecho español.

texto desarticulado y caótico que precisa de forma perentoria ser adaptarlo a las exigencias constitucionales del proceso debido y al Derecho de la UE, como se profundizará en el apartado correspondiente.

En fecha 24 de noviembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el ALECr 2020. La elaboración de este Anteproyecto ha tomado como base los dos anteriores, el aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2011 y el BCPP 2013, así como las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales de las últimas décadas.

Según señala la EM ALECr 2020, el impulso definitivo de la reforma lo ha dado la creación de la figura del fiscal europeo, conforme al Reglamento de la UE 2017/1939 del Consejo europeo de 12 de octubre 2017. Dicho fiscal perseguirá los delitos contra los intereses financieros de la UE y desarrollará su labor en el ámbito territorial de España, motivo por el cual la figura del juez español debe encontrarse adaptada a la de los países de nuestro entorno, es decir, no puede tratarse de un juez investigador. El juez tiene que ceñirse a su papel constitucional, juzgar y ejecutar lo juzgado, y el derecho de defensa debe reforzarse.

El alcance de la reforma es amplísimo, pero en relación a este trabajo se consignan, a continuación, tan solo los aspectos que guardan una relación más estrecha con el objeto de estudio, y con propósito meramente introductorio, habida cuenta de que su estudio en relación con la intervención del Ministerio Fiscal en las prácticas restaurativas, se abordará más adelante.

Este Anteproyecto configura un proceso penal radicalmente nuevo, con una fase de investigación o preparatoria, no jurisdiccional, y en la que un juez, llamado de Garantías, tiene una participación como tercero ajeno al caso, sin alinearse con ningún interviniente, resolviendo las controversias entre las partes, sopesando los intereses en conflicto, realizando labores de aseguramiento de las fuentes de prueba²¹¹, decidiendo el secreto de las actuaciones y las pruebas denegadas y vigilando las dilaciones, existiendo una segunda fase plenamente jurisdiccional que comienza con la acusación, en la que, a su vez, intervienen dos jueces diferentes: el juez de la Audiencia Preliminar, que determina la solidez de aquella y la licitud de la prueba²¹², y otro que será quien intervendrá en el juicio oral. Este diseño del proceso supone también una radical transformación del modelo orgánico, con la supresión de los juzgados, y la creación de los que el Anteproyecto denomina “Tribunales de Instancia”, órganos colegiados, que podrán, actuar individual o colegiadamente en función del tipo de delito. Los tribunales de apelación serían los Superiores de Justicia o Audiencia Nacional.

²¹¹ La asunción del Ministerio Fiscal de funciones instructoras exigirá, manifiesta GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, ALBERT, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Bosch Editor, Valencia 2014, pp. 400-401, en cualquier caso, medidas asegurativas de las fuentes de prueba “para que no se vean perturbadas por elementos distorsionadores”.

²¹² La figura, en el derecho inglés, se podría asimilar a la llamada “*the plea before the venue*” que describe DAMIÁN MORENO, JUAN, *El derecho y su garantía jurisdiccional*, Reus, Madrid 2009, pp. 71-77. Una vez tomada por la Policía la decisión de ejercer la acción penal -supervisada por el *prosecutor*- los *Magistrates’ Courts* examinan el caso derivándolo al órgano competente de enjuiciamiento según su competencia (en función de la gravedad del delito, calificada en tres grupos) o decide no hacerse cargo de aquél en el caso de que el hecho no sea delito o esté totalmente infundado.

Una de las novedades que más expectación ha suscitado es la regulación del Ministerio Fiscal. Es de tanto alcance que se prevé una profunda reforma de su Estatuto Orgánico para acomodarlo al nuevo paradigma. Una reforma cuya realización ya se prevé dudosa²¹³.

La reforma pretende acomodar la función del Ministerio Fiscal a su rol constitucional de órgano que ejercita la acción penal con sujeción radical a los principios de imparcialidad y legalidad, y convertirlo en el director de la investigación oficial. El Anteproyecto apunta, a futuro, a una reestructuración intensa de su organización interna que tomará como base la existencia de unos equipos autónomos de fiscales, una estructura colegiada permanente, bajo la dirección de un responsable y la presencia de un fiscal coordinador²¹⁴. La característica fundamental será que estos equipos gozarán de una autonomía funcional muy reforzada, limitando su dependencia jerárquica de sus superiores.²¹⁵ La Policía Judicial se encontrará bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal en régimen de monopolio, sobre la que podrá dictar órdenes e impartir instrucciones generales y particulares. El fiscal deberá actuar como, en palabras de la EM, “director jurídico de la instrucción, un jurista comprometido”, y vigilante de las garantías.

Por primera vez, con carácter general y de forma integral, se da entrada al principio de oportunidad en sus diversas manifestaciones y con una amplitud que va más allá de la discrecionalidad técnica. El propósito de la regulación no es otro sino el de normalizar normativamente la práctica habitual de este principio que, de forma fáctica y bajo subterfugios legales, se prodiga en los juzgados y tribunales. El Anteproyecto recoge las aportaciones de diversas disciplinas; la Victimología y la Justicia Restaurativa en particular, al prestar especial atención a la víctima, a la que otorga un papel relevante configurando un auténtico Estatuto de la Víctima, ajustando sus textos a la normativa europea en esta materia. Se introduce el archivo

²¹³ Profesionales de la Judicatura y la Fiscalía, como RODRÍ MARTÍ, MERCÉ, “¿Juez o Fiscal instructor? esa es la cuestión”, *Diario La Ley*, núm. 9669/2020, dudan de que la reforma vaya a producirse porque precisaría un cambio integral del EOMF, que no interesa en absoluto al Legislador. De igual opinión sobre quién debe instruir, DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO. “La investigación en el futuro proceso penal”, *La Ley penal*, núm. 93/2012. En un plano más pragmático existen inconvenientes de otra índole para atribuir la fase de investigación al Ministerio Fiscal, algunos de ellos examinados por DEL POZO PÉREZ, MARTA, “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal”, AAVV (Dir. MORENO CATENA, VICENTE), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, *op.cit.*, pp. 63-78. El profesor CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, “Esperando al juez de garantías (a propósito del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 124/2022, desgrana los obstáculos existentes, tanto de orden histórico, conceptual -en clave de los derechos fundamentales-, como relativos a la dirección de la investigación por el fiscal, para la implantación de un nuevo modelo procesal penal.

²¹⁴ Resulta evidente que con un total de efectivos de la Carrera Fiscal queda constituido por 2.553 Fiscales, según el art. 2 de Real Decreto 255/2019, de 12 de abril, por el que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes, la dirección de la investigación oficial por parte del Ministerio Fiscal no es posible. Ver a este respecto nota núm. 102 con la actualización del número de efectivos.

²¹⁵ El desarrollo de dicha autonomía precisará un cambio sustancial del estatuto personal del Ministerio Fiscal, idea que desarrolla RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “Garantías de autonomía del Ministerio Fiscal. Una asignatura pendiente en el desarrollo del estado constitucional”, *op.cit.*, que augura que las medidas para mejorar la autonomía funcional de la institución servirán para poco si no se reforma radicalmente su Estatuto orgánico. Señala al respecto que “(...) Actualmente, todas las decisiones relativas a la carrera de los fiscales (nombramientos, disciplina, permisos, licencias...) se adoptan en el Ministerio de Justicia. El Ministerio Fiscal carece de toda capacidad de autoorganización. Su posición frente al Ministerio de Justicia es de completa debilidad. (...) La reforma estatutaria de 2007 dio un paso significativo en este sentido al reconocer al Ministerio Fiscal “personalidad jurídica propia”. Pero esta cláusula general no ha sido desarrollada convenientemente y ha quedado convertida en algo puramente testimonial”. En el mismo sentido LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, *op.cit.*, p. 207, que sostiene que, según la generalidad de la doctrina, la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación oficial, con el gran poder de decisión que supone sobre el proceso penal, exige la mencionada reforma para dotar al órgano de la debida imparcialidad, necesaria para tal desempeño.

por oportunidad con límites reglados a su ejercicio, y el archivo con condición, ambos sujetos a control judicial, y que el Ministerio Fiscal ejercitará de acuerdo con la política criminal que determine el Gobierno, pero con gran autonomía de su decisión. Se contemplan también modalidades de oportunidad en supuestos de organizaciones criminales, y otro asociado con la figura del arrepentido.

Otra manifestación como es la conformidad, se regula con generosidad, sin límite cuantitativo de pena, pero con un control judicial más estricto que el actual y por un órgano diferente al enjuiciador. Finalmente, la justicia restaurativa se enfoca en el Anteproyecto con carácter instrumental cuando el interés del Estado en perseguir el delito puede modularse y satisfacerse al mismo tiempo los intereses de la víctima²¹⁶.

²¹⁶ Un trabajo clásico sobre la conformidad por BARONA VILAR, SILVIA, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994, siendo del mismo año la monografía de PUENTE SEGURA, LEOPOLDO, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid 1994. Sus múltiples variantes son analizadas por FRAGA MANDIÁN, JAVIER, *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el derecho procesal penal español*, Dykinson, Madrid 2018. La problemática que puede plantear en el seno del procedimiento abreviado, el más usado y donde se ubica la mayor parte de las conformidades, es examinado por DÍAS PITA, PAULA, *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006. A la vista de las próximas reformas procesales, ARANGÜENA FANEGO, CORAL, “Conformidad, víctima y reforma procesal penal: un breve apunte de algunas mejoras necesarias” AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa*, Dykinson, Madrid 2021, (Segunda parte, Cap. II) hace un interesante repaso en relación con la conformidad por las herramientas procesales en ciernes (ALECr 2020, ALMEP), y otros vigentes (Protocolo FGE y Consejo General de la Abogacía española) y propone mejoras al respecto. Puede obtenerse un repaso breve, pero excelentemente redactado y documentado, y con remisiones a otras obras del autor, sobre la conformidad por GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, *Revue internationale de droit penal*, núm. 83/2012.

CAPITULO II.

La víctima como coordinada esencial de la justicia restaurativa en el proceso penal.

2.1. La reaparición de la víctima como cimiento de la justicia restaurativa y su introducción en el proceso a través de la mediación penal.

La víctima resulta clave para poder entender el fenómeno de la justicia restaurativa, toda vez que, después de su olvido histórico, al que más adelante se hará referencia, su reaparición y nuevo protagonismo la convierten en un elemento imprescindible a tener en cuenta en el Derecho Penal y, por ende, en el Derecho Procesal. El enfoque alternativo que proclama la justicia restaurativa, fruto de un movimiento social y posteriormente -como se estudiará- asumido por los distintos legisladores, pone su punto de atención en las víctimas a las que hay que dar entrada en el proceso penal. Una de las razones del surgimiento de las teorías restaurativas fue, precisamente, tratar de reparar la insatisfacción sobre el sistema penal vivida por las víctimas. En los siguientes apartados se analizará el contexto general de los métodos para resolver conflictos, y el surgimiento de las técnicas ADR como instrumentos adecuados para reparar el olvido histórico de la víctima. Consideramos estas herramientas una suerte de ariete para que la víctima en el proceso penal adquiera el nuevo rol que le corresponde, acorde a la actual conciencia social sobre aquella.

2.1.1. Introducción. El conflicto y su solución.

El conflicto²¹⁷, en todas sus expresiones, es consustancial a la naturaleza humana y propio de todas las sociedades, comunidades, y naciones. Se puede afirmar que es la esencia misma de la vida²¹⁸. En el curso de la convivencia social surgen conflictos que, en términos generales, suponen un factor dinamizador y de desarrollo social, y que no deben ser contempladas como un fenómeno negativo, puesto que promueven el cambio social y la revitalización de la comunidad. En los primeros estadios históricos, y dada la escasez o insuficiencia de reglas preestablecidas, los individuos y las comunidades humanas luchaban

²¹⁷ El conflicto puede ser definido según TORREGO SEIJO, JUAN CARLOS, *Resolución de conflictos en instituciones educativas: manual para la formación de mediadores*, Narcea, Madrid 2001, pp. 29-30 como “una situación en que dos o más personas entran en oposición o desacuerdo porque sus posiciones, intereses, deseos o valores son percibidos como incompatibles y donde la relación entre las partes puede salir robustecida o deteriorada según el proceso de resolución seguido”. No obstante, no todos los términos utilizados para describir un enfrentamiento, explica MARTÍN DIZ, FERNANDO, “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de justicia”, AAVV (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela 2011, pp. 26-28 tienen significado análogo; disputa, conflicto o litigio, por más que mantengan un fondo semántico participado. El autor opta por la denominación más aceptada en el paradigma de la justicia restaurativa de “conflicto” ponderando la intensidad del desacuerdo, pero sin llegar a la procedimentación clara que supone el término “litigio”. Observa el profesor de Salamanca, no obstante, que el acceso libre a la jurisdicción permite que asuntos carentes en realidad de la suficiente relevancia terminen quedando judicializados cuando podrían dirimirse perfectamente por medio de la justicia restaurativa. El conflicto en los enfoques individual, estructural y social, es tratado por CONFORTI, FRANCO, *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 21-63, analizando y teorizando minuciosamente sobre ejemplos que ha identificado en cada una de las dimensiones aludidas. JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “El conflicto: antropología de las neutralidades”, AAVV, (JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, BELTRÁN ZAMBRANO, ROBERTO, MOREIRA AGUIRRE, GABRIELA), *Gestión de conflictos*, Dykinson, Madrid 2019, (Cap. I, apdo. 2) reflexiona sobre el hecho de que “mientras que violencia y paz son aprendizajes sociales (...) el conflicto es connatural al ser humano”.

²¹⁸ RODRÍGUEZ ESTRADA, MAURO, *Manejo de conflictos*, Ed. Manual Moderno, México 1988, p. 15.

entre sí por recursos limitados, haciendo que la solución más común para solventar conflictos fuese el recurso a la fuerza. Sin embargo, a medida el grupo va creciendo dicha forma de resolución se torna más distorsionadora para la convivencia: surge así el pacto social que trata de imponer la *pax* con carácter permanente y que, tomando como punto de partida la idea de conflicto, intenta gestionarlo y regular su solución de manera adecuada.²¹⁹

Es, pues, una evidencia que los conflictos se producen en todos los ámbitos de las relaciones humanas, desde los vínculos interpersonales más sencillos, a los de carácter internacional, siendo su etiología de una grandísima variedad. Pero, ¿por qué surge el conflicto? El ser humano, como lo definió Aristóteles en su libro sobre la Política, I, 1233a 1-3, es un animal social: “La polis es una realidad natural y el ser humano es por naturaleza un animal político”²²⁰, que establece vínculos permanentemente con sus semejantes en los que pueden surgir conflictos al verse contravenidos sus intereses por otros en competencia, y pueden encontrarse, incluso motivándose desde unos inicios triviales, por mecanismos sorprendentes.²²¹

No cabe negar los aspectos negativos de la disputa, sobre todo cuando tiene grandes dimensiones y genera daños y sufrimiento, pero es de notar que el conflicto cumple un papel importante en la sociedad; es un motor de cambio personal y social, ayuda a conocer la complejidad de la realidad, y a nosotros mismos. Por lo que respecta a los grupos, el conflicto ayuda a cohesionarlo y crear identidad. Considerando la irreversibilidad del conflicto, la perspectiva adecuada no sería tanto el intento por evitarlo, sino el tratar de generar las habilidades precisas para manejarlo.

²¹⁹ MARCOS ARANDA, RAFAEL, *La negociación y mediación en conflictos sociales*, Trama, Madrid 2005, pp. 21-27. Se puede obtener una visión general de las formas de manejar conflictos consultando la obra del profesor de Estudios de la Paz de la Universidad de Granada JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “El conflicto: antropología de las neutralidades”, AAVV, (JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, BELTRÁN ZAMBRANO, ROBERTO, MOREIRA AGUIRRE, GABRIELA), *Gestión de conflictos, op.cit.*. Analiza el conflicto en conexión con la técnica de la mediación AYALA PEÑARANDA, CERSON EDUARDO, “Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore”, *Revista Academia & Derecho*, núm. 7/2013. Un autor que ha estudiado intensamente los conflictos y sus soluciones desde la disciplina de la Psicología, pero con referencia al Derecho, es REDORTA LORENTE, JOSE. Algunos de sus trabajos: REDORTA LORENTE, JOSE, “Técnicas para la resolución de conflictos: la negociación”, *Juris: actualidad y práctica del Derecho*, núm. 8/1997; *Manual para la gestión y resolución de conflictos*, Almuzara, Madrid 2019; *Cómo sobrevivir a la sociedad del malestar y el conflicto*, Almuzara, Madrid 2004; *La estructura del conflicto*, Almuzara, Madrid 2019. Un breve estudio sobre los conflictos, muy orientativo, lo suministra VINYAMATA CAMP, EDUARD, “La resolución de conflictos: un nuevo horizonte”, *Educación social, revista de intervención socioeducativa*, núm. 8/1998. Obra de más alcance del mismo autor sobre la materia es *Conflictología: curso de resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona 2014. Otro trabajo monográfico sobre los diferentes tipos de conflictos por CALVO SOLER, RAÚL, *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*, Gedisa, Barcelona 2014. Un excelente resumen sobre las ideas acerca del conflicto desde sus más variadas perspectivas y antecedentes históricos lo realiza el profesor CONFORTI, FRANCO, *Construcción de paz. Diseño de intervención en conflictos, op.cit.*, pp. 19-62.

²²⁰ CAMPILLO MESEGUER, ANTONIO, “Animal político, Aristóteles, Arendt y nosotros”, *Revista de Filosofía*, núm. 2/2014.

²²¹ Los orígenes de grandes enfrentamientos, pueden surgir de actos casi irrisorios, como relata MARCOS ARANDA, RAFAEL *La negociación y mediación en conflictos sociales, op.cit.*, p. 35, que cita el experimento de TEJER (1980) sobre una inocente subasta de una moneda de un euro con un desarrollo sorprendente, o la historia, que, durante toda la exposición del libro va hilando sobre el ejemplo de dos clanes o grupos familiares medievales, los Salazar y los Velasco, del Valle de Mena, norte de Burgos, en la que por un pequeño incidente sobre el hurto de unos cerdos, ocurrido en 1404, se desencadenó un rosario de homicidios y desmanes que duró 200 años, relatando en paralelo los distintos aspectos que muestra la fisiología de un conflicto.

El conflicto manejado de manera constructiva, puede ayudar a aprender cómo resolver problemas, mejorar las relaciones y hacerlas más duraderas y aprender sobre nosotros y los demás.²²²

El conflicto entre individuos y el conflicto social han sido objeto de estudio por distintas disciplinas: la Antropología, la Psicología, la Ciencia Política o la Sociología, entre otras, se han ocupado de ello, sin que sea pacífica la definición sobre el mismo. No obstante, se puede afirmar que el conflicto existe cuando dos partes buscan objetivos que simultáneamente son contradictorios o excluyentes. El conflicto tiene, incluso, una dimensión intrapersonal que no interesa de forma inmediata al Derecho, pero que pone de manifiesto que la naturaleza humana es insoluble del mismo. El enfrentamiento se produce en todos los ámbitos vitales, es una dinámica humana, y normalmente se resuelve de forma natural, pero, si no se solucionan y se enquistan, pueden convertirse en conflictos más graves. Desde los primeros tiempos de la Historia se han buscado formas de solucionarlos, y por ello puede afirmarse que dichos mecanismos de resolución son consustanciales a las sociedades humanas.

Desde los primeros estadios de la evolución humana, antes siquiera de que el Estado hubiese surgido, la manera socialmente aceptada de dirimir conflictos era la autodefensa o autotutela, generalmente mediante la imposición de la fuerza, lo que lejos de aplacar la tensión social y la disputa, contribuía a perpetuar ésta. Junto con este mecanismo, la mediación ha existido como herramienta para resolverlos, sea entre individuos, colectivos, o comunidades, de forma natural desde tiempos muy remotos, es más, en las sociedades primitivas, puede sostenerse, ha sido la forma habitual de resolución de los crímenes.

Se puede afirmar que la mediación ha existido siempre puesto que es un mecanismo para solventar y regular conflictos²²³. No obstante, frente a aquella autodefensa individual o grupal, el Derecho cumple con la doble función de prevenir y de sancionar, y, a diferencia de otro tipo de normas, se caracteriza por su capacidad de imponerse mediante la fuerza o la coacción. El Derecho ofrece al ciudadano una “tutela jurídica” y también una “tutela jurisdiccional”, la primera establece el marco normativo de derechos y deberes, y la segunda el modo de materializar por el Estado, de forma imperativa y por medio del proceso, la tutela jurídica.²²⁴

2.1.2. Métodos de resolución de conflictos.

En nuestra época los conflictos entre las personas pueden, sustancialmente, resolverse de varios modos: la fórmula predominante pasa por ser monopolio exclusivo del Estado por medio del proceso jurisdiccional, valiéndose de jueces, como terceros investidos de poder por

²²² Esta perspectiva positiva del conflicto la pone de manifiesto ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, RAMÓN. “La dinámica del conflicto”, AAVV, (Coords. SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid 2007, pp. 147-158.

²²³ GORDILLO SANTANA, LUIS. *La Justicia restaurativa*, Justel, Madrid 2007, pp. 26-27.

²²⁴ El acceso a los Tribunales conlleva una suerte de “norma de clausura”, con la asunción de que el ordenamiento jurídico tiene solución para todo tipo de conflictos. Estos quedan resueltos de forma obligatoria por un funcionario público que ejerce la autoridad, solucionando el conflicto de una forma estable, señala JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “Técnicas para la resolución, gestión, transformación y neutralización de conflictos”, AAVV, (JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, BELTRÁN ZAMBRANO, ROBERTO, MOREIRA AGUIRRE, GABRIELA), *Gestión de conflictos, op.cit.*, (Cap. II, apdo. 3, punto 4).

aquél, para resolver el conflicto de forma definitiva y autoritaria. De esa manera, cualquier conflicto que no sea solucionado previamente de manera interpersonal terminaría siendo resuelto mediante la jurisdicción. Junto con esta fórmula cabe también un monopolio relativo del Estado: en este supuesto las partes pueden optar por acudir a la jurisdicción o, de forma voluntaria, someterse a un tercero como árbitro del litigio. No obstante, el Estado no pierde el control sobre el desarrollo del procedimiento y la ejecución de su solución.

Sin embargo, desde una perspectiva general, hay sustancialmente dos maneras de resolver los conflictos: de forma violenta o de forma pacífica. La primera supone el uso de la fuerza o la violencia, y la segunda supone la negociación y la solución concordada. Cabe una solución intermedia a través de la heterocomposición de conflictos. A continuación, y con el mero objetivo de ofrecer unas breves pinceladas sobre los instrumentos de resolución de conflictos, hacemos alusión a la clasificación de los mismos.²²⁵

2.1.2.1. Autotutela y autocomposición.

2.1.2.1.1. Autotutela o empleo de la fuerza o violencia.

El término hace referencia al individuo que, por sí, o con ayuda de otros, logra la solución del conflicto. En términos históricos se puede considerar la fórmula más antigua de resolución de conflictos.²²⁶ También llamada autodefensa o autoayuda, consiste en la utilización de la violencia, amenaza, o coacción, sobre la otra parte para imponerse sobre ella; este uso, o amenaza del mismo, tiene que ser sustantivo para hablar en puridad de autotutela, la cual se encuentra prohibida con carácter general tanto en el Derecho interno como en el internacional, por el riesgo que entraña y su potencialidad de crear una dinámica muy peligrosa, y en su expresión básica constituye la infracción penal tipificada en el art. 172 CP²²⁷ y la prohibición general de la realización del propio derecho. En contrapartida, la tutela judicial queda en manos del Estado, y su acceso para los ciudadanos se materializa por medio de la jurisdicción (art. 24 CE), desde el momento histórico, ya lejano, en que el Estado asumió, como se expondrá más adelante, el monopolio de la justicia.

2.1.2.1.2. Consenso y autocomposición.

En esta modalidad los intervinientes en el conflicto lo solucionan bien mediante el sacrificio de una de las partes (consenso unilateral), o bien alcanzando un acuerdo, denominado “transacción” en el CC (consenso bilateral, art. 1809 CC).²²⁸ Tiene en común con la autotutela que los protagonistas siguen siendo los involucrados en el conflicto, no siéndolo un tercero.

²²⁵ MORENO CATENA, VÍCTOR. “Del litigio judicial a modos diferentes de resolver los conflictos jurídicos”, AAVV (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL, Coord. ALONSO SALGADO, CRISTINA), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2018, pp. 23-44.

²²⁶ A pesar de parecer la violencia una fórmula obsoleta para abordar conflictos, recuerda JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “El conflicto: antropología de las neutralidades”, AAVV (JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, BELTRÁN ZAMBRANO, ROBERTO, MOREIRA AGUIRRE, GABRIELA), *Gestión de conflictos, op.cit.*, (cap. II, apdo. 2.1) sigue estando asociada, en el inconsciente colectivo, como una solución para el mismo.

²²⁷ En efecto el art. 172 CP establece el tipo básico del delito de coacciones al que “sin estar legitimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”.

²²⁸ El citado artículo hace referencia a la idea expresada señalando: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.”

Históricamente supuso un importante avance respecto a la autotutela, por ser una forma más civilizada y racional de solución, y con el paso del tiempo iría, además, adquiriendo un carácter jurídico, amparándose en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).²²⁹

Dentro de las fórmulas de autocomposición cabe la participación de un tercero. Se distingue en este caso la mediación, si la participación de éste es espontánea, y la conciliación, si es requerida por las partes. Ambas figuras, autotutela, y autocomposición, tienen en común que el conflicto puede no acabar de manera definitiva, ya que cualquiera de las partes puede ignorar la solución alcanzada, a diferencia con el modelo de resolución heterocompositivo, donde la solución es irrevocable y definitiva (salvo homologación judicial del acuerdo alcanzado en el primero de los casos).

2.1.2.1.2.1. La autocomposición: diferentes modalidades para la resolución de conflictos.

Aunque la primacía de la jurisdicción como método de resolución de conflictos está fuera de toda duda, y muestra ese carácter prioritario en todas las sociedades avanzadas, vías alternativas a aquella pueden ofrecer alguna ventaja, entre las que se han señalado: su mayor rapidez, el menor coste que supone, y el mayor grado de satisfacción que ofrecen y, en suma, su mayor eficacia. Hasta fechas recientes, estos mecanismos han quedado reservados únicamente al ámbito dispositivo, aunque van penetrando incluso en el Derecho penal. En efecto, en España, y merced a reformas que se estudiarán pormenorizadamente más adelante, se han introducido estas técnicas, siendo el ejemplo más claro en nuestro ordenamiento interno la justicia de menores. También en el plano internacional este orden jurisdiccional ha sido el ámbito donde primeramente se produjo la inserción de las técnicas de la justicia restaurativa. Estos mecanismos alternativos son la negociación, la conciliación, y la mediación, cuyas características se estudian seguidamente.²³⁰

²²⁹ La existencia de un tercero puede eventualmente concurrir, apunta GIMENO SENDRÁ, JOSÉ VICENTE. *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Madrid 2003, p. 21, aunque a modo de ayudante, sin capacidad para imponer su solución a las partes, a las que simplemente favorece e impulsa a encontrar su propia solución, no encontrándose sobre ellas, sino entre ellas.

²³⁰ Además de las técnicas que se describen existen otras que participan de características mixtas, explica SAIZ GARITAONAINDIA, ALBERTO, “El MEDARB como procedimiento mixto de resolución de conflictos”, AAVV (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013, pp. 88-101, siendo una de ellas el denominado MEDARB, consistente en una hibridación de la mediación y el arbitraje, con una naturaleza peculiar, pero con sustantividad propia. Así, transcurrida una primera fase en que se acercan las posturas y se logran acuerdos parciales, se pasa a una segunda de arbitraje en la que sólo se decide sobre los aspectos que no han quedado cerrados. El principal inconveniente, según el autor, de este mecanismo se produce en el caso de que no se logre ningún acuerdo en la fase de mediación con la consiguiente pérdida de tiempo que ello supone, para tener que pasar luego a la de arbitraje, donde un tercero decidirá de forma vinculante y resolutive. La figura ofrece diversas modalidades (con el mismo tercero para ambas fases, o uno diferente, con distinto orden para las dos fases, con remoción del mediador, mediación con arbitraje de oferta final, o el llamado flexible que entremezcla fases), y, como toda técnica de resolución de conflictos presenta aspectos positivos y negativos. Entre los primeros, algunos son comunes con otras técnicas, tales como el ahorro de tiempo y dinero, al acotar el ámbito de decisión del arbitraje o el empoderamiento de los intervinientes, y otros genuinos como la facilitación de la resolución del conflicto ya que eventualmente, para aquellos aspectos no solucionados, decidirá resolutive el árbitro. Naturalmente, la técnica tiene inconvenientes que el autor centra, en particular, en la posible falta de imparcialidad en la figura que comparte la condición de mediador y de árbitro ya que la naturaleza de ambas funciones (facilitadora y decisoria) puede ciertamente interferirse, pudiendo también verse perturbada la confidencialidad, que en ambos mecanismos resolutorios tiene también un distinto tratamiento.

2.1.2.1.2.1.1. La negociación.

Es una forma de autocomposición caracterizada por la discusión entre las partes (bien sea solos, o mediante representantes), que pueden actuar ayudados por facilitadores, en aras a lograr la solución al conflicto, controlando en todo momento las gestiones realizadas. Habitualmente, el resultado de la transacción se homologa en los Tribunales, pero cabe también el allanamiento, renuncia o desistimiento como fórmulas de finalización. La negociación ha sido, a través de la historia y particularmente en las relaciones internacionales, el mecanismo más utilizado, si bien de modo totalmente voluntario, pues hasta fechas recientes no existía ninguna obligación de mantener la paz internacional ni solucionar los conflictos por medios pacíficos.²³¹

2.1.2.1.2.1.2. La conciliación.

Este mecanismo hace referencia a un modo de composición amigable, o, también a aquellos supuestos en que la ley prevé un acto específico con esta denominación, y que tiene por objeto el arreglo entre las partes tratando de aproximar posiciones y encontrar una solución al conflicto. En sentido amplio, se trata de una práctica que usa los servicios de una tercera persona imparcial que colabora con las partes para que éstas limen sus diferencias y, de forma amistosa, solucionen su problema. Este mecanismo, en el orden civil, se encuentra previsto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria,²³² y tiene vocación de facilitar al ciudadano un medio sencillo de obtener efectos jurídicos de forma eficaz y rápida. La ley prevé una serie de expedientes para obtener distintos efectos jurídicos, introduciendo la novedad de otorgar a órganos no jurisdiccionales (Secretarios Judiciales, Notarios, y Registradores de la Propiedad y Mercantiles) el conocimiento de alguno de ellos. Su ámbito de aplicación contempla los supuestos en que, en materia de Derecho civil o mercantil, exista controversia, pero de la que deba sustanciarse en un proceso contencioso (art.1.2 Ley 15/2015).²³³ También el

²³¹ La doctrina ha distinguido en la negociación dos formas habituales en función de la actitud de los intervinientes. En los modelos distributivos éstos, sin espíritu colaborativo, tratan de obtener la máxima ventaja cediendo el mínimo posible. En la llamada negociación integrativa, por el contrario, los intervinientes colaboran, cooperan, según sostiene el profesor de la Universidad de Girona CALVO SOLER, RAUL, “De la negociación a la mediación y vuelta”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, núm. 2/2014, que, de esa manera, obtienen beneficios mutuos (modelo *win-win*, denominado en inglés). Puede consultarse otro artículo del mismo autor que incide en los modos e instrumentos necesarios para llevar a cabo una negociación CALVO SOLER, RAUL, “Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31/2008. Hasta principios del s. XX a nivel internacional no existía, sostiene CASANOVAS Y LA ROSA, ORIOL, RODRIGO HERNÁNDEZ, ANGEL JOSÉ, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 2019, pp. 415-428, la obligación de resolver los litigios por medios pacíficos. Dicha circunstancia llegó con la Carta de las Naciones Unidas, que, en el art. 2.3 establece “los miembros de la organización arreglarán sus controversias por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”, un principio que tiene carácter de norma consuetudinaria de aplicación universal, y está recogida también en otros textos internacionales. Aunque los medios de solución son de libre elección, el Derecho Internacional pone a disposición de los estados diversos mecanismos siendo la negociación el más frecuente de ellos.

²³² Un estudio muy pormenorizado sobre esta Ley lo realizan, AAVV, (Coord. MONJE BALMASEDA, Dirs. LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, MÁRIA PILAR, TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL, ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ), *Estudio sistemático de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio*, Dykinson, Madrid 2016. Una monografía más sintética por AAVV, (Coord. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, ANTONIO, GARCÍA MÁ, FRANCISCO JAVIER), *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, Dykinson, Madrid 2016.

²³³ La reciente Ley 8/2021 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha sacado también de la jurisdicción contenciosa el proceso de incapacidad situándolo en la jurisdicción voluntaria por su mayor rapidez y eficacia y, sobre todo, para adaptar su régimen jurídico a las previsiones de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006. Sobre los derechos de las personas con discapacidad y la jurisdicción voluntaria trata FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, “Jurisdicción Voluntaria: provisión de apoyos a personas

art. 415 LEC prevé en el procedimiento ordinario un momento, ubicado en la vista previa, en que las partes podrán conciliarse²³⁴. La naturaleza de este acto de conciliación, según doctrina y jurisprudencia es de jurisdicción voluntaria, diferente a la jurisdiccional.²³⁵ Se ha distinguido, según los momentos en que se pueda practicar: la conciliación preprocesal, intraprocésal, o incluso, postprocesal no existiendo impedimento alguno para que se lleve a cabo en fase de ejecución.²³⁶

2.1.2.1.2.1.3. La mediación.

Esta técnica²³⁷ se puede llevar a cabo fuera o dentro del proceso, una vez iniciado éste. Las partes, de forma voluntaria, y en igualdad de condiciones, alcanzan la solución del mismo con la ayuda de un mediador que les facilita el modo de hacerlo con instrumentos que, por razón de su cualificación profesional, conoce²³⁸. La mediación ha sido usada tradicionalmente en el

con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 33/2022. Puede consultarse una visión más profunda AAVV (Dir. CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

²³⁴ El art. 415 LEC trata del intento de conciliación o transacción. En su primer párrafo encarga al Tribunal, una vez abierto el acto, que compruebe si subsiste el litigio, dando pie así a las partes a que manifiesten si han llegado a un acuerdo o, incluso, a suspender el acto para poder someterse a un procedimiento de mediación. Al acuerdo conseguido por las partes, una vez homologado judicialmente, la Ley le atribuye los efectos de una transacción, pudiendo después ejecutarse. Por medio de este artículo se ha pretendido invitar a las partes a una reflexión previa a continuar con el acto de juicio, dando oportunidad a éstas para la resolución del conflicto.

²³⁵ La redacción actual del artículo es consecuencia de la reforma operada por la LMACM. Estudia la noción de conciliación, sus clases y características, BARONA VILAR, “Actividades de estrategia procesal y actividades previas al proceso”, AAVV, (Coords. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA), *Derecho Civil, Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp.163-167. El poder de disposición de las partes sobre el objeto, y sobre el proceso mismo del orden civil, permite la transacción, que en caso de articularse intrajudicialmente se homologará y fijará sus términos en una resolución judicial: FLOS MATÍES, JOSÉ, *Proceso civil, doctrina jurisprudencial y práctica forense, tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, pp. 356-363 y pp.739-746. Otro estudio al respecto BARONA VILAR, SILVIA, “Comentario al art. 415”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *El proceso civil, Tomo IV*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp. 3059-3060.

²³⁶ Dicha clasificación según BARONA VILLAR, SILVIA, “Solución extrajudicial de conflictos “con ojos de mujer”: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, (Dir. ETXEBARRIA ESTANCONA, KATIXA, ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial UPV/EHU, Bilbao 2009, pp. 31-51.

²³⁷ La dificultad de suministrar una definición unívoca e incontrovertida de la mediación es subrayada por GORDILLO SANTANA, LUIS FERNANDO, *La justicia restaurativa y la mediación penal, op.cit.*, pp. 182-184, que lo achaca a la existencia de múltiples escuelas entre las que enumera la Escuela Circular Narrativa de Palo Alto (California), la de Harvard –posiblemente la más conocida entre ellas-, la Escuela Transformista, y la Interdisciplinaria. No obstante, el autor identifica cuáles son los elementos esenciales de la figura compositiva y sobre los que no hay discusión: se trata de la existencia de un conflicto previo, personas que están involucradas en él, y una tercera persona imparcial, ajena a aquél, que, sin tomar decisiones, ayuda o facilita para que los contendientes encuentren una solución a su problema. Otra estrategia que usa el autor para lograr una identificación de esta herramienta de justicia restaurativa, consiste en descartar otras que, aunque dentro de un mismo campo ideológico, tienen una naturaleza distinta, tales como el arbitraje, la conciliación, o formas híbridas de resolución de conflictos.

²³⁸ La mediación ha sido profusamente estudiada por la doctrina. Se trata de una herramienta de la justicia restaurativa en pleno desarrollo en los más diversos ámbitos y con una aceptación creciente. Sin ánimo exhaustivo, puesto que la labor nos desbordaría, algunos trabajos recientes de los que nos hemos servido son; ALONSO SALGADO, CRISTINA, CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil, op.cit.*, de la misma autora, ALONSO SALGADO, CRISTINA, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; BARONA VILAR, SILVIA *Mediación penal; fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; RODRÍGUEZ TIRADO, ANA MARÍA, (Coord.) *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017; AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *Meditaciones sobre mediación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022; BLANCO CARRASCO, MARTA, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Reus, Madrid, 2009. Otra fuente de consulta tan interesante como las anteriores la constituye GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal: fundamentos, principios, aspectos y perspectivas de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015. La mediación en el ámbito de la justicia penal de menores es analizada por FERREIRÓS MARCOS, CARLOS-ELOY, SIRVENTE BOTELLA, ANA, SIMONS VALLEJO, RAFAEL, AMANTE GARCÍA, CRISTINA, *La mediación en el derecho penal de*

ámbito de los conflictos internacionales, pero se ha ido extendiendo a otros como el laboral, donde ha adquirido un grado de institucionalización importante, o en los asuntos relativos a Derecho de familia para solucionar los conflictos conyugales y relativos a las relaciones paterno filiales. En este sentido, las experiencias de las Comunidades Autónomas en la materia han resultado muy fructíferas. En el campo civil y mercantil ha sido normativizado mediante LMACM, e incluso ha penetrado en el ámbito más refractario a su aplicación, el Derecho Penal, merced al impulso que desde la UE se le viene dando (Directiva 2012/29/UE del Parlamento y Consejo, sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos, Decisión Marco 2001/220/AJ del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal), así como en los borradores de Anteproyectos de nuevos códigos procesales penales, sobre los que se tratará más adelante.

2.1.2.2. Heterocomposición.

Este mecanismo de resolución de conflictos conlleva la participación de un tercero imparcial, situado sobre las partes, llamado por ellas, y cuya resolución, que aquellas convienen sea vinculante, zanja el conflicto. A este esquema inicial el constitucionalismo añadió otro elemento legitimador para dotarlo de mayores garantías, cual es el de la razonabilidad y motivación de la decisión, de manera que ésta pudiera ser entendida, sometida a control, y supusiera un freno a la arbitrariedad. Los instrumentos heterocompositivos se pueden clasificar en jurisdicción y arbitraje, ambos propias de ordenamientos jurídicos desarrollados, y que aplican derecho objetivo de manera imparcial.²³⁹

2.1.2.2.1. La jurisdicción.

Esta forma de resolución de conflictos es la más característica de los ordenamientos jurídicos modernos²⁴⁰, llevándose a cabo por un órgano del Estado, un funcionario cuya misión es, precisamente, solucionar los conflictos jurídicos que se le plantean, gozando no solo de la *autoritas* (prestigio o dignidad reconocida socialmente) sino también de la *potestas* (poder de actuar en nombre del Estado), juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)²⁴¹. Su relevancia es incuestionable, tanto porque cualquier ciudadano puede recabar, al menos

menores, Dykinson, Madrid 2011, así como en el penitenciario lo es por MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ALVÁREZ, PILAR, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid 2011.

²³⁹ Ambas modalidades constituyen las únicas formas de heterocomposición en los modernos sistemas judiciales según MORENO CATENA, "La resolución jurídica de conflictos", AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, op.cit.*, pp. 48-50.

²⁴⁰ La jurisdicción es, según GUIMARAES RIBEIRO, DARCI, PICÓ I JUNOY, JOAN, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*, Bosch, 2004, pp. 75-81, en el estadio cultural en que nos encontramos, la forma en que el Estado administra la justicia encontrándose ésta sustraída del *agere* privado, siendo consecuencia lógica de la evolución histórica que dio forma al Estado actual.

²⁴¹ La justicia penal se fundamenta en un deber abstracto, axiológico, que impone un modelo de conducta y que, tiene entre sus principales fines, conseguir la resolución de conflictos. Ahora bien, explica SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológico. Del presente francés al futuro español*, Dpto. Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Vitoria 1997, pp. 29-30 este paradigma contraversarial consiste en imponer una solución forzosa, obligatoria y vinculante para todos, y no considera para nada el aspecto comunicacional entre los litigantes. Es, precisamente, esa faceta sobre la que pivota el esquema de la mediación, que, en lugar de imponer una solución desde fuera, y gracias a la comunicación entre las partes, éstas buscan, modulan y acuerdan la solución al conflicto.

teóricamente, su protección, como también porque marca la pauta de las expectativas que, usando otros medios de resolución de conflictos, pueden preverse.

2.1.2.2.2. El arbitraje.

En el caso del arbitraje²⁴², el origen de la legitimación para que el tercero imparcial ejerza su cometido, deviene de un contrato celebrado entre las partes y que tiene por objeto la solución del litigio que éstas mantienen. Se trata de un mecanismo privado, heterocompositivo y de naturaleza consensual sobre materias disponibles, posible solo si existe acuerdo entre las partes, y que encuentra su fundamento ideológico en el principio de autonomía de la voluntad, expresión del más genérico valor superior de la libertad (art. 1.1 CE). Adicionalmente, el acceso de las partes al arbitraje supone la renuncia de éstas a la jurisdicción. Esta herramienta de resolución de conflictos requiere de armonización internacional, puesto que un mundo globalizado exige un régimen, al menos sustancialmente, similar de aquélla.²⁴³ El principal atractivo del arbitraje radica en la fuerza ejecutiva que para las partes tendrá el laudo, pactada previamente por aquellos, así como su carácter de cosa juzgada. La flexibilidad, frente al formalismo rígido de la jurisdicción, junto con la confidencialidad, y la rapidez, es también otra de sus ventajas. Como sombras de la institución caben citar, sin embargo, su carestía, y la ausencia de instancias superiores.²⁴⁴ Una vez solucionada la controversia, mediante la emisión de un laudo o decisión arbitral, la *autoritas* del tercero se agota y el conflicto se solventa con los efectos de la cosa juzgada.²⁴⁵ El ámbito de materias sobre las que puede recaer la labor del árbitro, a diferencia del carácter general de la jurisdicción, se ciñe exclusivamente a aquellas de las cuales las partes pueden disponer libremente, según establece el art. 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje²⁴⁶.

²⁴² Estudia esta modalidad de resolución de conflictos BLANCO CARRASCO, MARTA, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, op.cit.*, pp.73-105, que define como “una institución a través de la cual las personas naturales o jurídicas someten mediante una declaración de voluntad las cuestiones litigiosas actuales o futuras que surjan en una materia de libre disposición a la decisión de uno o varios árbitros, vinculándose a dicha resolución”. Una monografía vastísima, con acento práctico, por AAVV, (Dir. SÁNCHEZ-PEDREÑO KENNAIRD, ANTONIO), *Arbitraje*, Francis Lefebvre, Madrid 2015. La obra comprende, desde generalidades sobre el arbitraje, a sus tipos, ámbitos y aspectos procedimentales, ofreciendo un capítulo dedicado a la mediación civil y mercantil. La Ley de arbitraje es estudiada de forma sistemática, con aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, por MARTINEZ ATIENZA, GREGORIO, *Ley de Arbitraje. Estudio sistematizado*, Experiencia, Barcelona 2013. La racionalidad, claridad expositiva y clasificatoria de la obra es, a nuestro juicio, muy notable.

²⁴³ El Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, y la ley modelo de 1985, de la Comisión de ONU para el Derecho Mercantil Internacional, sobre arbitraje comercial internacional (la última versión es de 2006) tienden en esta dirección. Los textos pueden ser consultados en BARONA VILAR, SILVIA, ESPLUGUES MOTA, CARLOS, *Arbitraje, legislación básica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

²⁴⁴ Así lo considera RUIZ RISUEÑO, FRANCISCO, “Concepto y características”, AAVV, (Coords. RUIZ RISUEÑO, FRANCISCO, FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS), *Manual de arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, que, además, lo justifica en atención a una encuesta sobre arbitraje internacional de 2015, pp. 14-18.

²⁴⁵ El hecho de que el Legislador aparejase al laudo esta consecuencia es debido, según ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA, “Constitución, jurisdicción y arbitraje. Superación de viejos recelos”, AAVV, (Coord. RODRÍGUEZ TIRADO, ANA MARÍA), *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje, op.cit.*, pp. 161-163, a que se respeten las garantías exigidas en la Ley de Arbitraje, tanto durante el desarrollo del procedimiento como su cumplimiento debe quedar vigilado por un instrumento de control: una exigencia de la tutela judicial efectiva de las partes que intervienen en el arbitraje.

²⁴⁶ Según el art. 2.1 de la mencionada ley, son materias de arbitraje; “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.” La vigente Ley de Arbitraje, fue modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

2.1.3. Crisis del sistema penal.

2.1.3.1. Problemas y tendencias del derecho penal en la actualidad.

A pesar de la vigencia de los principios de intervención mínima y subsidiariedad, el acceso a la jurisdicción es una práctica social generalizada en el actual contexto de gran litigiosidad, habiéndose generalizado como el mecanismo habitual de resolver controversias. Se han citado como problemas estructurales de la justicia española²⁴⁷, entre otros, aspectos de distinta naturaleza, tales como lentitud de los procesos, dilación de los recursos, saturación en los juzgados, trato inadecuado a los ciudadanos, insuficiencia de medios materiales y humanos, escasa calidad e injusticia de las resoluciones judiciales, inseguridad jurídica por lo imprevisible del resultado del proceso, mala gestión de recursos y elevado coste del proceso, así como deficiencias organizativas relativas a coordinación y asunción de responsabilidad. Si bien nadie duda en la actualidad de la severa crisis de la justicia, y aunque la coincidencia en cuanto a buena parte de sus causas es grande, existen modulaciones y matices sobre éstas.²⁴⁸

Por otra parte, en paralelo a esta judicialización de la vida, se viene produciendo un incremento punitivo en forma de creación de más tipos delictivos, una mayor penalidad, y más supuestos a los que se les atribuye la pena privativa de libertad. A este fenómeno se le ha denominado “populismo punitivo”, que se caracteriza por castigar nuevas conductas, o agravar las tipificadas, con un claro componente de intencionalidad política.²⁴⁹ Se trata, además, de un fenómeno retroalimentado y amplificado por los medios de comunicación, mediante una sobreexposición y una inmediatez de las infracciones penales antes no percibida por la opinión pública. Los políticos aplacan, de ese modo, la indignación de la población con penas cada vez más duras pero ineficaces.²⁵⁰

²⁴⁷ CARRETERO MORALES, EMILIANO, “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op.cit., pp. 75-76.

²⁴⁸ Tras constatar la crisis galopante de la justicia CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal”, *La ley penal*, núm. 86/2011, la achaca a varios factores: el aumento de la litigiosidad social, la falta de adecuadas dotaciones económicas a la Administración de Justicia –ambas alimentadas recíprocamente, sostiene-, la mala formación de los profesionales involucrados en la tarea, y, en el plano normativo, regulaciones desfasadas, particularmente en el proceso penal, y, por otra parte, una paradójica y desconcertante producción legislativa, fluctuante y desordenada, y en continuo crecimiento. No obstante, la crisis de la justicia penal en España tiene un meta-contexto sobre el que reflexiona BARONA VILAR, SILVIA, “Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la *securitización*”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 57-58, caracterizado, según afirma, por una transformación errática de los sistemas penales mediante una frenética legislación penal que se aleja de los postulados tradicionales garantistas, y donde prima lo económico sobre lo político.

²⁴⁹ No obstante, hay que ser sincero y darse cuenta de que es la propia sociedad, y no solo sus representantes políticos, quienes reclaman dureza con el delincuente. Un “sesgo cognitivo” lo denomina SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “A toro pasado,... cuidado con los sesgos cognitivos”, *Revista del análisis del Derecho*, núm. 1/2022, pp. 1-2, que, con acierto, a nuestro parecer, estima que tenemos dos varas de medir de tipo moral: una muy condescendiente con nosotros mismos, y otra severa con los demás. De ahí la tendencia de la sociedad de ver delitos por todas partes y tratar de convertir desgracias accidentales en infracciones.

²⁵⁰ Estudia el fenómeno de la interacción venenosa entre política criminal y medios de masas “populistas” la profesora ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, “Política criminal falseada y medios de comunicación”, *Revista Teoría y Derecho*, núm. 24/2018, bajo el cual se han operado reformas penales endurecedoras, a título de ejemplo, la LO 7/2003 con mayores penas de prisión o condiciones más duras para el acceso a la libertad condicional, o la LO 5/2015 que introdujo la libertad vigilada post-prisión para determinados delitos, entre otras. En todas ellas, el Legislador menciona la existencia de demandas sociales para endurecer la sanción penal. De alguna manera, el fenómeno, explica la autora, sobrepuja la peligrosidad social sobre la criminal y redirecciona la política criminal sobre aquélla. En este proceso los medios de comunicación juegan un papel determinante como creadores de opinión, y no lo hacen

En relación a ello se ha hablado de “legislación simbólica”²⁵¹, cuyos fines no son los legítimos de las sanciones penales, sino los de interpelar a la población para serenarla y, al mismo tiempo, obtener un rédito político. Las sucesivas reformas del CP, desde su promulgación en 1995, han elevado las penas o han impuesto requisitos más gravosos para su ejecución. Incluso, se ha aludido a un nuevo retribucionismo²⁵² propio de la Teoría Clásica de la pena, que prima la seguridad jurídica y certidumbre de la sanción penal, frente a la indeterminación de la pena que imponen los principios de resocialización y reeducación. Otra evidencia del fracaso de la justicia penal en España es que, a pesar de la elevada población reclusa, una de las más altas proporcionalmente en Europa, la delincuencia no disminuye en igual medida, y ello a pesar del uso generalizado de las suspensiones de penas privativas de libertad del art. 80 CP para evitar la saturación de la prisión.

La proliferación de normativa penal²⁵³, normalmente en forma de parches al CP y a la LECr²⁵⁴, tendente a afrontar las nuevas formas de delincuencia que surgen con la globalización,

precisamente en un ejercicio responsable de su libertad de prensa, sino con ánimo de lucro y búsqueda de índices de audiencia. Después del examen de una serie de procesos judiciales de gran repercusión mediática, ACALE SÁNCHEZ, concluye que, a su parecer, se ha producido una sustitución de la fuente de la que se debería nutrir la política criminal, cual es la de la Criminología, por la de las demandas sociales venteadas y expuestas a la opinión pública en los medios de comunicación -no siempre guiados por su deber de informar sino por intereses económicos-, denominando a aquella “sensacionalista”. Unos ejemplos de la producción legislativa penal motivada por las presiones de grupos de víctimas o presión social lo aportan CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp. 47-88, con textos en áreas de violencia de género, justicia juvenil, terrorismo y pederastia.

²⁵¹ El fenómeno de lo que DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, AAVV, (Dir. ARROYO ZAPATERO, LUIS), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca 2003, pp. 147-172, denomina “derecho penal simbólico” consiste precisamente en la reacción rápida y efectista del Poder Público frente a la surgencia de nuevos fenómenos delictivos, espoleados por los medios de comunicación y sin la debida reflexión crítica desde la política criminal. De esta manera, apunta el autor, se crean normas penales con el propósito de dejar clara la posición político-criminal del Poder Público, y, sobre todo, utilizando profusamente, y en cualquier ámbito del Derecho penal, el contenido simbólico que pretenden dar a éste. Se trataría de calmar a la opinión pública con una declaración simbólica sobre la persecución de esas nuevas infracciones o de fenómenos publicitados por los medios de comunicación. Nuevos grupos sociales, preocupados por cuestiones como la ecología, la violencia contra las mujeres y los niños, o la corrupción política y financiera, han reclamado así una política criminal más dura. Los autores identifican un buen número de estos grupos (feministas, ecologistas, “indignados”, contra la pornografía y abusos infantiles, contra el racismo y la xenofobia, contra el terrorismo y el terrorismo de Estado) que son usados por los políticos para sus pugnas, expandiendo el Derecho Penal. También a nivel dogmático las cosas han cambiado, afirman los autores, y ahora existe una fuerte corriente que ha “redescubierto” la función retributiva de la pena.

²⁵² Estudian este movimiento HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pp. 223-228, que vinculan con el fenómeno de la globalización, la crisis económica, el terrorismo, y las nuevas tecnologías. En el ámbito de la justicia juvenil alude a ello FERNÁNDEZ MOLINA, ESTHER, *Entre la educación y el castigo, un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 349-354, poniendo de manifiesto como los valores de “solidaridad y apoyo social”, sobre los que se había asentado la justicia juvenil, se están viendo sustituidos por los de “seguridad, economía y control”. Precisamente, sobre el discurso de la seguridad trata BARONA VILAR, SILVIA, *Proceso penal desde la historia; desde su origen hasta la sociedad global del miedo, op.cit.*, pp. 484-487. La autora alude a la denominada *Risk society Theory*, que refleja el anhelo, imposible de cumplir, de la sociedad por sentirse completamente segura exigiendo del Poder Político dosis crecientes de protección en todos los órdenes. Algo, evidentemente peligroso, pues legitima a los políticos para adoptar un sinfín de medidas de seguridad (incluida una legislación penal represiva) basadas en sentimientos irracionales de la población.

²⁵³ El fenómeno no se ciñe exclusivamente a España, por el contrario, es una tendencia normal en Europa. La profesora BARONA VILAR, SILVIA, *Proceso penal desde la historia; desde su origen hasta la sociedad global del miedo, op.cit.*, pp. 356-359, relata en este estupendo trabajo, cómo en Alemania, por ejemplo, a partir de 2010 se ha producido legislación penal y procesal en grandes cantidades, tan abultada que resulta difícil de manejar para los operadores jurídicos, y que peca de irreflexiva y atropellada.

²⁵⁴ En el primero de los puntos de la EM del ALECr 2020 se dice: “Decenas de reformas parciales han convertido la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, uno de los textos más brillantes de nuestro pasado jurídico, en un cuerpo normativo irreconocible, que, tras setenta y siete modificaciones, cincuenta y cuatro de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución, se ha visto, de facto, sustituido por una maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales.”

conlleva el riesgo de la expansión del Derecho Penal, y junto con la eventual merma de las garantías procesales y desproporción de las penas, acarrea también, en cierto modo, la deslegitimación de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.²⁵⁵

Otro atributo del Derecho Penal moderno, relacionado con el anterior, es el llamado “derecho penal de emergencia”, que vendría a ser, en realidad, la falta de una política criminal planificada y responsable, y cuyo mecanismo, descrito muy sucintamente, consiste en la aparición de un problema aparentemente nuevo y la consiguiente presión social reclamando su solución, a lo que las autoridades políticas responden con la creación de nuevas normas penales sobre supuestos muchas veces de índole administrativa, hipertrofiando todavía más el ordenamiento jurídico-penal. De esta manera, en el momento de configurar los bienes jurídicos como fundamento de su protección por el Estado, se corre el riesgo de extenderlos de tal suerte que la perspectiva ofrecida a la opinión pública sobre la capacidad de resolución de los conflictos por parte del aparato judicial no sea en absoluto realista. En las últimas décadas se ha optado legislativamente por un incremento de la penalidad, la incorporación de nuevos tipos delictivos, y las dificultades en cuanto a los beneficios penitenciarios, una expansión del Derecho Penal con fines de prevención general que tiene su origen en la irrupción de una delincuencia transnacional, organizada²⁵⁶, compleja, y con modalidades comisivas novedosas. Es dudoso, que, desde el punto de vista práctico y utilitarista, esta expansión surta realmente efecto, pudiendo incluso generar una mayor frustración social.²⁵⁷

²⁵⁵ A este respecto SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid 1999, pp. 44-46, alude al descrédito de otras instancias de protección ajenas al Derecho Penal.

²⁵⁶ El ordenamiento jurídico penal español entiende por delincuencia organizada, recuerda MAGRO SERVET, VICENTE, “Soluciones ante los nuevos fenómenos delictivos: los juzgados contra la delincuencia organizada”, *Revista La Ley Penal*, núm. 49/2008, la asociación de tres o más personas que tiendan de forma permanente o reiterada para realizar una serie de comportamientos típicos recogidos en el art. 282 bis apartado 4º CP: se trata de un amplio listado que comprende delitos de diversa índole, tales como secuestro de personas, prostitución, ciertos contra el patrimonio y orden socio-económico, propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores, tráfico de flora y fauna etc. No obstante, no es un listado cerrado, ya que comprende la definición dada en el art. 2.a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, firmada por España, y que define aquella como “grupo delictivo organizado”: “se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. El efecto pernicioso sobre la sociedad y la democracia de la delincuencia organizada fue discutido por el Congreso de Fiscales celebrado en Logroño los días 10 y 11 de junio de 2005, y son recogidas por el autor citado que subraya el potencial amenazante que tiene la misma para las democracias y su capacidad para infiltrarse en la economía y la política por medio de la corrupción. Recordaba que en España operan organizaciones criminales poderosas y que resultaban, por consiguiente, precisas actuaciones de política criminal, legislativas y de cooperación jurídica internacional tendentes a su erradicación. En ese sentido los mecanismos de cooperación internacional eran considerados como de vital importancia, habida cuenta del campo de actuación transnacional de dichas organizaciones, como también lo eran la potenciación de técnicas de investigación especiales, la desaparición de paraísos fiscales, o protección a testigos y colaboradores de la Justicia. En el plano de reformas orgánicas y funcionales del Ministerio Fiscal se proponían por los fiscales otra serie de innovaciones: unidad de mando especializada, mayores atribuciones investigadoras y estructuración adecuada para la lucha contra la criminalidad organizada dotada de unidades policiales y con la suficiente infraestructura administrativa y, finalmente, aumento de plantilla. Lamentablemente, y en relación con la cooperación internacional en Europa en materia penal, expone ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Universalidad de los derechos humanos versus déficit de armonización interna (o cuando surgen los problemas de la cooperación transfronteriza)”, AAVV, (Coords. LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA, GARRO CARRARA, ENARA), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 217-218, que en los estados europeos está muy arraigada la idea de la soberanía de la que es expresión el *ius puniendi* del Estado, habiéndose manifestado durante el proceso de integración en la Unión, tensiones por cuanto los estados se muestran reacios a ceder ese poder. Y es precisamente en esa materia donde existen mayores diferencias entre los estados miembros.

²⁵⁷ Esta frustración social viene originada por crear en la ciudadanía unas expectativas altas en cuanto a intensidad de la política criminal, y la corroboración de que las tasas de criminalidad no descienden, según observa GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, op.cit., p. 29.

Junto con estos fenómenos, se ha apuntado a otra actual tendencia del Derecho Penal denominada “derecho penal del enemigo”, término acuñado por JAKOBS²⁵⁸. Se trata de un subtipo de derecho penal que tiene por finalidad, más que proteger bienes jurídicos, controlar grupos considerados peligrosos y surgidos como consecuencia de la nueva criminalidad organizada y del terrorismo. Su aplicación supone la rebaja al infractor del estándar de derechos básicos en atención a su pertenencia a esos grupos y la peligrosidad que se les atribuye, más que en su comportamiento personal. Bajo premisas de defensa de la colectividad, ya que se trata de fenómenos criminales que crean una fuerte inseguridad a la ciudadanía y a los estados, se han reformulado y flexibilizado principios procesales y penales, propios de la tradición liberal, en aras a la defensa de la sociedad ante una situación de riesgo; principios esenciales del Derecho penal, tales como la presunción de inocencia, la igualdad, o los fundamentos del proceso, quedan desvirtuados de esta manera.

Paradójicamente, ni ha disminuido la criminalidad, ni ha aumentado la seguridad, ni se produce la satisfacción de la víctima o resocialización del delincuente, lo que demuestra que la jurisdicción sí da una solución jurídica al conflicto, pero no resuelve éste de raíz. El modelo penal tradicional, se ve pues, superado para solucionar los problemas de la sociedad, produciéndose consecuentemente un notable descrédito del mismo ente la ciudadanía. La hipertrofia legal, agravada con una LECr, herramienta básica del proceso penal, reformada tantas veces que resulta casi inmanejable, la alta litigiosidad, la escasez de medios, el fenómeno de la globalización con sociedades interconectadas y cada vez más complejas, y la querencia tradicional a acudir a la vía jurisdiccional, hacen que Administración de Justicia se encuentre en una encrucijada crítica, y padezca una reputación pésima entre la ciudadanía de la que frecuentemente la prensa se hace eco.²⁵⁹

²⁵⁸ Una pequeña síntesis, muy elocuente, de este concepto es la escrita por SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, op.cit., pp. 163-167. Esta teoría, que él también identifica con la “tolerancia cero” al delito es analizada por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “El derecho penal en tiempos del cólera”, AAVV, (Dir. VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, CUAREZMA TERÁN, SERGIO), *El derecho penal en tiempos del cólera*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México 2020, pp. 51-60: según el autor dicha visión del Derecho Penal ignora dos de sus principios básicos: el de Humanidad y el de proporcionalidad. Profundizan en las tendencias actuales de la política criminal y ahondan en la tendencia a la expansión del Derecho penal en las áreas relativas a delitos de riesgo abstracto, con surgimiento de nuevos tipos delictivos, y al incremento de penas en su faceta “securitaria”, así como al surgimiento del Derecho penal simbólico y del enemigo, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, CANCIO MELIÁ, MANUEL, Principios del Derecho Penal III, AAVV, (Coord. LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2019, pp. 111-116. El insigne jurista y criminólogo BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 82-98, aludiendo a la conceptualización creada por JAKOBS, contraponía lo que él denominaba “derecho penal del amigo” desde el prisma de la Victimología, exponiendo su “cosmovisión”: el delito se ve no como una infracción de la ley, sino como un daño causado a alguien; el delincuente deja de ser el foco único de atención y pasa a serlo también la víctima; in dubio pro victima; y, finalmente, la sanción no consiste en infringir sufrimiento, sino en “repersonalizar” al delincuente.

²⁵⁹La prensa y los medios de comunicación hacen constante referencia a la falta de confianza ciudadana en la justicia del país, siendo una percepción comúnmente sentida y una queja generalizada. A mero título de ejemplo de la prensa: <https://www.lavanguardia.com/politica/20200830/483178376827/justicia-cis-valoracion.html> Desde el CGPJ se pretende negar esta evidencia, muestra de ello el siguiente enlace al Barómetro de Opinión de dicha institución del año 2021 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Opinion-y-quejas-sobre-el-funcionamiento-de-la-justicia/Opinion-de-los-profesionales-y-usuarios-de-la-Administracion-de-Justicia-/Barometro-de-Opinion-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial/>, o este otro referente a la opinión de los jueces sobre el estado de la justicia donde no se obtiene ninguna conclusión sobre el título del estudio <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno--Etica-Judicial-y-Opinion-de-Etica-Judicial/Encuestas-de-satisfaccion/Encuesta-realizada-por-Metroscopia-a-la-Carrera-Judicial--Octubre-2020->.

Frente al actual expansionismo penal, tan contrapuesto al principio de intervención mínimo, ha surgido otra teoría de signo radical: el “abolicionismo penal”.²⁶⁰ Esta doctrina, en síntesis, sostiene que el Derecho penal no cumple la función que el ordenamiento jurídico le tiene encomendada. Además, afirma que el sistema penal estigmatiza y priva de dignidad al ser humano, y la ejecución de la pena entraña efectos irreparables en el condenado, impidiendo su reinserción en la sociedad. Reprocha, finalmente, al sistema penal que desconoce la existencia de las víctimas y las posterga a la insignificancia. Prudentemente, podemos afirmar que sus postulados resultan irreales y que su aplicación, sin paliativos, conduciría al caos. Sin embargo, las críticas al sistema penal de esta teoría sirven para poner de manifiesto las insuficiencias y fallos de aquél.²⁶¹ Parece evidente que la Justicia penal precisa de una reforma inaplazable que implique un cambio estructural. No basta solo con una nueva LECr, salvo que ésta suponga una planificación integral, un auténtico patrón de justicia penal para el siglo XXI.

2.1.3.2. Fracaso de la resocialización

Parece indudable que el tipo de condena más conocido del sistema penal es el privativo de libertad, el prototipo de sanción penal que más intuitivamente identifica con el Derecho penal la ciudadanía. Sin embargo, se trata de un tipo de sanción que no se generalizó hasta el siglo XIX, siendo anteriormente excepcional. Previamente, se usaba con el mero fin de guardar al imputado hasta la celebración del juicio. Si consideramos la situación anterior a su instauración como pena-modelo, percibimos un avance en la humanización de las sanciones, ofreciendo, además, la ventaja de su estandarización, y de su fácil medida proporcional en función de la tipificación delictiva, dosificada en los códigos penales según la intensidad del ataque perpetrado contra el bien jurídico. El nuevo sistema suponía un avance con respecto al del Antiguo Régimen, por su esfuerzo de racionalización y su mejor adaptabilidad a la voluntad del Legislador.

Para el Estado social y democrático de Derecho la pena privativa de libertad tiene un claro fin resocializador²⁶², de hecho, se ha considerado una de las principales funciones de aquella. De esta manera la denominada “prevención especial” pretende actuar sobre el infractor para evitar su reiteración delictiva, y la “prevención general” contempla la pena como medio para evitar el delito con carácter general sobre la ciudadanía.

²⁶⁰ La versión más radical de esta teoría es tratada por HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal, op.cit.*, pp. 234-236.

²⁶¹ La teoría del abolicionismo penal es estudiada por BOVIO, ALBERTO, “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 261-281, poniendo de manifiesto que, dentro de su construcción conceptual, la figura de la víctima es clave: al entender de esta teoría aparece desposeída del conflicto, por lo que resulta necesaria su participación para evitar ese estado de cosas. El autor, no obstante, concluye que se trata de un planteamiento ingenuo. Otro breve estudio más reciente sobre el abolicionismo lo aborda ZAMORA GRANT, JOSÉ, “Alternativas democráticas para la justicia penal”, AAVV, (Dir. REBOLLO VARGAS, RAFAEL, TENORIO TAGLE, FERNANDO), *Derecho penal, constitución y derechos, op.cit.*, pp. 683-689.

²⁶² Ya en plena Ilustración, BECCARIA, propugnaba un Derecho penal basado en una serie de principios entre los que refería que era siempre preferible y más justo prevenir que penar y evitar el delito por medios disuasorios que punitivos, manifestándose así al tratar la forma de evitar los delitos en los capítulos XLI, XLII, y particularmente en el XLV, de su conocida obra, BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 2015, pp. 306-323.

La CE en su art. 25.2²⁶³ establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...”. Se trata de una idea que sólo empezó a implementarse en España tras la promulgación de la carta magna, y con evidente retraso respecto a otros ordenamientos jurídicos. No obstante, y a pesar del esfuerzo financiero del Estado en cuanto a la provisión de personal especializado en las prisiones para llevar a cabo la labor resocializadora, en pocas décadas se ha constatado el fracaso del sistema tanto desde el Derecho, como desde la Criminología²⁶⁴. La cárcel es más bien un foco criminógeno y, en realidad, viene a cumplir la función propia de cuando se expandió la pena de prisión²⁶⁵ como fórmula común de castigo;

²⁶³ Aunque el enfoque de su análisis versa, fundamentalmente, sobre las posibilidades resocializadoras y problemática que presentan delinquentes con motivaciones ideológicas, la profesora GIL GIL, ALICIA, “El concepto de resocialización en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, núm. 1/2021, expone en el inicio de su trabajo la interpretación jurisprudencial del TC del art. 25.2 CE, de forma muy sintética y clara en cinco puntos; dicho derecho no es de naturaleza fundamental del recluso, se trata de un mandato dirigido al Legislativo y a la Administración para que programen su política penal y penitenciaria en esa dirección, no constituye el único fin de la pena (compete al legislador dentro en su acción política armonizar o priorizar unos sobre otros), no es un fin obligatorio de la pena (en el sentido de que una pena que, por sus características, no sirva a ese fin no por ello es inconstitucional, como tampoco lo sería aquella innecesaria en un caso en que no existe riesgo de reincidencia), y, finalmente, lo impedido por la CE es una regulación que obste radicalmente la resocialización, de modo que pueden armonizarse diversos fines potenciando alguno en detrimento de aquél sin llegar a anularlo; cuestión verdaderamente complicada. Por su parte, el TS ha reconocido que la reparación también cumpliría una función resocializadora y de aceptación de la norma, fines ambos también asignados al Derecho penal. Así lo ha expresado, entre otras, en la STS 222/2010, de 4 de marzo (ES:TS:2010:1863) en que el Alto Tribunal concluye “(...) Podemos compartir así las tesis de quien con autoridad científica ha venido afirmando que la reparación tiene como finalidad contribuir al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho penal. Como una tercera vía, junto a penas y medidas (“dritte Spur”) contribuye a restablecer la paz social previa a la comisión del delito, siquiera dentro de ciertos límites. Entre éstos cobra relieve la necesidad de atender a la gravedad del delito. Pero también se ha dicho que la reparación cumple esa finalidad en la medida que es una reparación penal y se lleva necesariamente a cabo, con la carga simbólica que ello representa, en el proceso penal. Es decir, interesa más considerarla desde la perspectiva del autor del delito, su resocialización y la prevención de integración, que desde la perspectiva patrimonial de la indemnización a la víctima. Importa más que el autor refleje una “renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada” que el cumplimiento de la obligación civil que deriva del delito y su resultado de restablecimiento del patrimonio del perjudicado. Lo relevante es pues el esfuerzo del autor en reparar en cuanto sea indicativo de efectiva resocialización y aceptación de la norma (...)”. Sobre el mismo aspecto, desde la perspectiva constitucional, FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL, “El fin constitucional de la reeducación y reinserción ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1/2014, se ocupa del fin resocializador a la luz de la CE. La doctrina se encuentra dividida sobre si la reeducación y la resocialización es un derecho fundamental. A pesar de la existencia de dos posturas, la jurisprudencia constitucional se ha decantado por otorgarle un valor axiológico y teleológico: un mandato al legislador para el diseño de su labor, un “norte para la política penitenciaria”. El Legislador, pues, puede hacer hincapié en otros fines de la pena sin que por ello devenga inconstitucional. La reciente STC 169/2021, de 6 de octubre (BOE de 9 de noviembre de 2021) que resuelve el recurso de inconstitucionalidad sobre diversos artículos de la LO 1/2015 que instauró la prisión permanente revisable y que declara ésta constitucional, realiza un profundo análisis del principio resocializador asumiendo la tesis expresada. Explora las posiciones doctrinales sobre si la resocialización puede entenderse como derecho fundamental GONZÁLEZ COLLANTES, TALIA, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la constitución y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 52-57, mostrando posturas a favor y en contra, exponiendo la doctrina del TC ya aludida en sus últimas consideraciones. Un análisis reciente, basándose adicionalmente en estadísticas actuales mostradas en gráficos, sobre el castigo penal, en particular el privativo de libertad, por MARCO FRANCIA, MARÍA PILAR, “Algunas reflexiones sobre el castigo penal y la crisis de la pena privativa de libertad”, *La Ley Penal*, núm. 151/2021.

²⁶⁴ La falta de efecto resocializador de la prisión se ha revelado desde antiguo. MONTAIGNE, MICHEL *Ensayos completos*, Cátedra, Madrid 2019, p. 265, hace mención a una poesía de PERSIO, que trae a la memoria la carga que lleva un recluso cuando abandona la cárcel, y pone de manifiesto su nula capacidad para reinsertar.

Nunca digas “Ya he roto mis cadenas”
pues también a fuerza de luchar rompe
la perra el nudo y, sin embargo,
cuando escapa le arrastra del cuello
un buen trozo de cadena: PERSIO 5, 158.

²⁶⁵ El precursor de la Victimología en España, BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, p. 148, respondía a la pregunta acerca de qué penas serían idóneas para sustituir a la de prisión, cuya falta de efectividad se ha evidenciado en muchos casos, invocando una antigua costumbre de las provincias vascas que recogió un estudio del siglo XIX, la llamada “arribalbalde”, u obligación de trabajar gratis al condenado insolvente en obras públicas o municipales, que eran preferibles al arresto que, además de resultar gravoso al erario público, no le aportaba beneficio alguno.

aislar al delincuente y custodiarlo, algo que, evidentemente, no guarda mucha relación con los fines de rehabilitación y resocialización. El sistema penal garantista que preconizaba entre los fines de la pena la resocialización se está desmoronando sin que todavía se adivine claramente por qué modelo será sustituido ²⁶⁶, aumentando la población reclusa en términos generales.²⁶⁷

2.1.3.3. Fracaso de la indemnización.

Desde la perspectiva de la víctima, el sistema penal tampoco es satisfactorio, y no lo es, considerando, primeramente, el aspecto que más suele interesar a quien sufre las consecuencias del delito - aunque no el único, ni a veces el más importante-: la satisfacción de la indemnización²⁶⁸. El art. 16 de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo de 25 de

²⁶⁶ Tras realizar un resumen sobre las características básicas del modelo de Derecho penal garantista, afirma DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. mayo/2004, que dicho modelo se está desmoronando y que vendrá a ser sustituido por otro antagónico que, por ahora, no se ha construido dogmáticamente pero que, según su opinión, terminará finalmente imponiéndose. Los orígenes del nuevo modelo los encuentra, precisamente, en la tendencia resocializadora que varios ordenamientos jurídicos imprimieron en los años 60 y 70 del pasado siglo, aunque con basamentos ideológicos elaborados en décadas anteriores. El objetivo de la resocialización implicaba algunas renunciaciones: el detrimento de otros fines de la pena al poner el empeño en aquél, la indeterminación de las penas para adaptarlas a las circunstancias del condenado, el entredicho de la pena de prisión, o el protagonismo de especialistas en la ejecución de la pena en detrimento de los operadores jurídicos. El modelo, sin embargo, fracasa debido a varios factores: el objetivo resocializador no se consigue, el modelo no ayuda a ahondar en las verdaderas causas del fenómeno criminal, arrecian las críticas desde el garantismo por la indeterminación de las penas y por las injerencias profundas en derechos fundamentales, entre ellos, la intención de modificar la personalidad del delincuente, o la debilitación del principio de prevención general. Otro análisis, no muy extenso, pero clarificador, sobre el desencanto de la resocialización, lo ofrece BARONA VILAR, SILVIA, *Mediación penal; fundamento, fines y régimen jurídico*, *op.cit.*, pp. 40-52. En un interesante trabajo RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, “¿Progresión o regresión constitucional de la justicia penal española?, irrupción del populismo judicial y del Derecho penal de autor”, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 43/2019, pp. 193-22, radiografía la realidad judicial y procesal penal desde una perspectiva muy crítica. A su parecer, la justicia penal precisa de cambios profundos, comenzando desde su órgano de gobierno, el CGPJ, y continuando por una intensa reforma del orden penal, organizativa, sustantiva y procesal, con especial mención al estatus de la Abogacía, pieza clave, e ignorada, de la maquinaria de la justicia. Amén de estas deficiencias de tipo estructural, el autor menciona otros vicios sobrevenidos de la judicatura que él denomina “sesgos cognitivos” de la práctica judicial. En muchas ocasiones los jueces dictan resoluciones *ad plausum populi* ante el clamor de la opinión pública (casos de la doctrina Parot, el caso Falciani, o el de la manada, pone por ejemplos), y en otras practican con fruición el llamado “Derecho penal de autor”, que busca, mediante pseudopruebas o fraudes procesales, dibujar un perfil del delincuente que sirva de base acusatoria en detrimento de pruebas sólidas.

²⁶⁷ En un interesante estudio, desde la teoría de la teoría de la sociedad del riesgo de origen alemán, BARANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 131-147 muestra y comenta gráficos relativos al aumento de la evolución de la población reclusa de 1993 a 2015. No obstante, los ratios españoles, se encuentran en la media europea aunque son superiores a los países más desarrollados de nuestro entorno, según la 12ª edición de la Lista de Población reclusa mundial de 2018.

Recurso online https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf

²⁶⁸ Existe una interesante monografía con un importante componente estadístico elaborada por la profesora de esta disciplina AUREA GRANÉ, y la profesora de Derecho Procesal HELENA SOLETO, ambas de la Universidad Carlos III de Madrid, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA, SOLETO MUÑOZ, HELENA, *La eficacia de la reparación en el proceso penal a través de las indemnizaciones*, Dykinson, Madrid 2018, en la que realizan un estudio de campo sobre la materia en la Comunidad de Madrid en el que también participaron alumnos de la citada universidad. Las autoras describen la contextualización del estudio, el objetivo de la investigación y el campo de la misma en el Capítulo II de la obra, centrándolo en el área penal y la reparación a la víctima, preguntándose por la eficacia del sistema. El campo de estudio lo constituyeron todos los órganos de ejecutorias de la citada Comunidad de Madrid en el curso de dos ejercicios judiciales (2015-2017). La obra, que baraja innumerables variables estadísticas ilustradas con cuadros, diagramas y gráficos, ofrece una aproximación, muy visual, al problema planteado desde múltiples ángulos (tipos delictivos, sujetos, datos económicos, vicisitudes procesales, cuantías indemnizatorias, fraccionamientos de pago, tiempos de ejecución...). Uno de los datos que entendemos más ilustrativos es la gran cantidad de expedientes judiciales cuyo contenido incluye pronunciamientos indemnizatorios (el 38,4 % de los totales). La conclusión global del trabajo (pp. 91-94) es la clara insatisfacción que arroja la ejecución de la sentencia en su vertiente indemnizatoria, proponiendo de *lege ferenda*, la modificación de los procedimientos y prácticas para hacer efectiva aquella, tanto para cumplir los compromisos europeos de nuestro país, como para satisfacer la demanda social de una justicia eficaz. En referencia a las exigencias de la normativa de la UE, cabe mencionar el art. 12.2 de La Directiva 2004/80 que demanda que se asegure a la víctima una indemnización “justa y adecuada”, y que la STJUE

octubre de 2012, sobre la protección de las víctimas de delitos, recoge el derecho de la víctima a obtener una resolución sobre la indemnización a satisfacer por el infractor, pero también exige que la misma se materialice en un tiempo razonable y se establezcan medidas para que el infractor indemnice adecuadamente.²⁶⁹ Como se ha analizado en el primer capítulo, en la práctica judicial española las indemnizaciones declaradas en sentencia como consecuencia del ilícito penal, raramente se abonan sin problemas, o siquiera se abonan.²⁷⁰ Ello, a pesar de la obligación por parte de los estados a la debida reparación a las víctimas.²⁷¹

de 11 de octubre de 2016, asunto C-601/14, entendió infringido por Italia por no haber desarrollado un sistema de indemnización para víctimas de delitos violentos, recuerdan las autoras. No obstante, recogen las autoras en su monografía, la aplicación de la Directiva 2004/80 ha resultado bastante negativa, toda vez que ha habido pocas solicitudes, y, lo que resulta aun más desalentador, solo un 10% de ellas han tenido éxito. Otro tanto ocurre, añaden, en la praxis de la normativa interna, con una cantidad, que señalan en el trabajo, prácticamente testimonial de indemnizaciones frente a la enorme cantidad de delitos cometidos, aventurando que el fracaso de las mismas se debe a un mal sistema de información, plazos breves, falta de infraestructura, y a la dificultad de los trámites administrativos para su solicitud.

²⁶⁹ Artículo 16 Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012: “Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal 1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial. 2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.” Un estudio de la relevancia de este instrumento del Derecho de la UE por TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, “Los derechos de las víctimas”, AAVV, (Coord. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA), *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pp.13-22. La Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, es también tratada por JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La reforma procesal penal 2015*, pp. 59-61. VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid 2018, pp. 41-45, se refiere también a la Directiva estudiada, aplaudiendo que introduzca el concepto de justicia restaurativa en lugar, del más limitado, de mediación. Los evidentes avances que aportó esta directiva son expuestos por GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Víctima del delito y Europa”, *Teoría & Derecho*, núm. 17/2015. Un estudio muy pormenorizado lo encontramos en, DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34/2014. Un análisis muy atinado, y próximo a la fecha del instrumento, acerca de las novedades que en su día estableció la Directiva por GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 14/2014. En este trabajo se recalca lo pionero de la regulación y, sobre todo, la nueva concepción amplia de la víctima, cuya reparación trasciende de la mera reparación, y adquiere, también, un ánimo de protección social.

²⁷⁰ Un estudio de seguimiento de las ejecutorias de 2012 llevado en la Comunidad de Madrid, y realizado por la Universidad Carlos III, que recogen ORTS BERENGUER, ENRIQUE, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho penal, parte general, op.cit.*, pp. 259-260, arrojó como conclusión la ineficacia práctica de la indemnización conseguida por la víctima, puesto que las que realmente cobraban las víctimas se alejaban de forma escandalosa de la media establecida sobre las determinadas en sentencia o ejecución de condena. Aunque el estudio abarcaba el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid, todo indica que es una situación generalizada en el resto de Juzgados de España, muy alejada de la eficacia que precisa un sistema judicial en un estado avanzado. Ya en el año 2008, según estadísticas judiciales, el número total de sentencias penales pendientes de ejecución era de 403.000, según informaba la redacción de la revista *Diario La Ley*, núm. 6971/2008.

²⁷¹ La reparación a la víctima por parte del Estado es una exigencia de la regulación del Consejo de Europa que prevé un mecanismo indemnizatorio por parte de aquél dadas ciertas circunstancias. La Convención 116, relativa a indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos de 1983 establece la subsidiaridad del Estado en las indemnizaciones por tales delitos. Lo hace también el art. 8 de la Recomendación Rec (2006) 8 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre asistencia a víctimas de delitos. En el ordenamiento interno español la materia se reguló en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, como consecuencia del primero de los instrumentos europeos antedichos, exigiendo sentencia o auto de archivo firme. La indemnización del Estado tiene carácter subsidiario en caso de impago del condenado a responsabilidad civil. Al poco de promulgarse la mencionada ley, la profesora HERRERA MORENO, MYRIAM. *La hora de la víctima. Compendio de Criminología*, Edersa, Madrid 1996, analizó el texto considerándolo positivamente. Se trataba de la primera regulación protectora de los derechos de la víctima que pretendía, además, evitar la victimización secundaria. Clasificó en dos las esferas de actuación de la nueva regulación: una informativa (art. 6), y otra social-prestataria (art. 16) que requería la creación de unas Oficinas de Asistencia a la Víctima. Hasta el momento solo habían existido experiencias-piloto en dicho sentido, destacándose las llevadas a cabo en las ciudades de Barcelona, Mallorca, Valencia y Bilbao. Otro estudio sobre la aplicación de la Ley 35/1995, lo realiza RAMÍREZ RODRÍGUEZ, INMACULADA, “Las indemnizaciones de la Ley 35/1995”, AAVV, (Dirs. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia, op.cit.*, pp. 651-673. En la misma monografía, PÉREZ CAMPÓN, ANA, “El pago de indemnizaciones por el Estado en terrorismo”, pp. 701-729, examina la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas del terrorismo, su sistema de

El informe del organismo de evaluación de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (en adelante, CEPEJ), que mide una serie de datos, fundamentalmente cuantitativos, en los sistemas de justicia de la UE, correspondiente al ciclo 2020 -con datos del 2018- es una buena fuente de información sobre el estado de la justicia en los distintos estados de la UE. En relación a la penal, España se mantiene, a la vista del informe, en unos ratios similares a la media europea.

2.1.4. Antecedentes e historia de *Alternative Dispute Resolution*.

2.1.4.1. Precedentes.

En el curso de la convivencia humana la mediación ha sido una actividad reiteradamente practicada, pero de manera informal y al margen del sistema legal. Esta vieja tradición, sin embargo, había sido totalmente olvidada a favor del acceso generalizado a la jurisdicción como medio reconocido socialmente de resolución de conflictos, en una tendencia que en las últimas décadas se ha ido incrementado exponencialmente. Existen múltiples razones que explicarían dicha tendencia a la confrontación jurídica, las más importantes de tipo cultural. Posiblemente la más plausible es el convencimiento generalizado, de sesgo inquisitivo, de que una tercera persona, independiente e imparcial, es la más idónea para resolver una controversia ajena.²⁷²

Una de las premisas de que parten los sistemas de justicia restaurativa es la consideración de que las personas son capaces de resolver por sí mismas sus conflictos, y que tienen las habilidades suficientes para ello sin necesidad de recurrir a un tercero, si bien la experiencia demuestra que, en muchas ocasiones, pueden resultar poco aptos para tal fin. Incluso, tienen más posibilidades de resolver su controversia entre ellos que recurriendo a un tercero.²⁷³

A pesar de las reticencias, en las últimas décadas, la mediación se ha prodigado de forma cada vez más intensa en todos los países, implantándose en diversas ramas del ordenamiento jurídico, seguramente debido a un cambio de percepción por la sociedad, si bien la mentalidad jurídica popular y profesional sigue fuertemente aferrada, como se ha dicho, al esquema del sistema jurídico penal tradicional. Con todo, es un paradigma en expansión, que goza de muchos adeptos y extendido a muy diversos ámbitos: familiar, escolar, comunitario (barrios, ruidos, animales, espacios comunes, obras...), familiar, empresarial (laboral, organizativos, comercial, *franshising*), conflictos públicos (medioambientales, urbanismo,

indemnizaciones y actuaciones de todo orden sirviéndose de gráficas, terminando el trabajo con una comparativa al respecto a nivel internacional (Francia, Italia, Israel, y EEUU).

²⁷² De razón cultural puede calificarse la que explica GÓMEZ COLOMER, JUAN JOSÉ, *El estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Pamplona 2014. p. 152, al referirse a la introducción oficial de la negociación y los acuerdos (*Absprache*) en la StPO en 2009 según la cual permitía pensar que la acción accesoria tendría aquí un campo excelente para poder ser practicada, porque, de cara a su reparación civil, la negociación es una vía idónea para tratar el tema. Sin embargo, observa el autor, que en la mentalidad alemana la práctica restaurativa no está valorada, porque la figura prestigiosa, independiente y experta del juez les parece mejor, y, por otra parte, la víctima desconfía igualmente por tratarse de técnicas -las de mediación- poco asentadas, prefiriendo reclamar sus derechos dentro del proceso penal.

²⁷³ Por otra parte, cuando se habla de “solución” del caso, observa HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona 1984, pp. 344-346, normalmente se asocia a la idea de definitividad, y desde luego, ello es relativo y diferente según los casos, los roles, o las expectativas, y más aun en relación con la criminalidad considerada en su conjunto.

asistencia social etc.), tratándose pues, de un instrumento que se abre paso en un mundo en crisis.

Este contexto ha propiciado la aparición de las *alternative dispute resolution* (en adelante, ADR), técnicas que cada vez tienen más partidarios en distintos entornos.²⁷⁴

Cabe preguntarse si este tipo de técnicas tienen encaje en el Derecho penal, y, si es así, hasta qué punto se pueden aplicar respetando las garantías del proceso penal. Ha sido en el ámbito anglosajón donde se ha producido una expansión de estas técnicas desde los años sesenta del pasado siglo, particularmente intensa a partir de los ochenta. En el contexto anglosajón, sin embargo, su aplicación no resulta tan problemática dado que su paradigma jurídico es diferente al continental. En este último el carácter negociado de la resolución del conflicto, teóricamente, queda fuera del esquema jurídico-penal. Ahora bien, de forma progresiva, también en los países del *civil law*, como se verá, la implantación de estos mecanismos es un hecho en todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluida la penal.

En los países de nuestro entorno cultural, el modelo jurisdiccional se fue consolidando durante el s. XX, llegando a constituir un órgano de grandes dimensiones a nivel administrativo. Paralelamente, la Administración de Justicia fue sometida a una demanda cada vez más intensa por parte de una sociedad cambiante y compleja, con mayores relaciones de tipo económico, que iba sometiendo a la jurisdicción a una presión creciente. El número de litigios iba, y va, en aumento hasta prácticamente asfixiar el aparato judicial, siempre insuficiente y mal dotado. Esta deriva persiste en la actualidad, y posiblemente la razón de base de esta crisis sea estructural.²⁷⁵

Se han señalado una serie de precedentes muy heterogéneos de la justicia restaurativa. Entre ellos se suelen citar movimientos de muy diversa naturaleza, pero con el denominador

²⁷⁴ Una definición sobre estas técnicas la ofrece, de forma concisa pero precisa, GORDILLO SANTANA, LUIS FERNANDO, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, *op.cit.*, p. 72, identificándolas con: “el modelo de justicia restaurativa es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro. Las tres notas esenciales del mismo serían: la idea de proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores”.

²⁷⁵ En un trabajo de hace ya bastantes años SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, “Crisis de la Administración de Justicia”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 5/2009, describía la situación de la justicia penal y vaticinaba que los problemas señalados aumentarían con los años, En realidad, el autor se refería más a problemas estructurales de la justicia (descentralización autonómica, politización en el CGPJ y TC, y a los abusos judiciales) que a aquellos de índole material y procesal. En un artículo más reciente LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, “La Administración de Justicia en España: las claves de su crisis”, *Revista de Libros*, núm. Sep/2015, localiza los males de la Administración de Justicia en la lentitud, falta de independencia, y la generación de inseguridad jurídica. Para este autor, haciendo un balance general, sus causas son las siguientes: calidad y claridad mediocre en la legislación, problemas derivados de la globalización normativa, inadaptación de los procedimientos judiciales a la realidad actual, deficiencias en los sistemas de reclutamiento de jueces y fiscales y formación de abogados, diferencias en función de la capacidad económica de los intervinientes en el proceso, y, finalmente, un CGPJ desacreditado y politizado. Según datos estadísticos del año 2014 el número de asuntos por juez o magistrado superaba los mil setecientos, y más de trescientas sentencias por año, según recoge LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, “La Administración de Justicia en España: las claves de su crisis”, *op.cit.* En el informe del Defensor del Pueblo del pasado año 2021, en su apartado relativo a la Administración de Justicia, se evidencian problemas graves, siendo el más manifiesto de ellos las dilaciones indebidas, el cual achaca a varios motivos: complejidad de las leyes procesales, problemas estructurales de los órganos judiciales, alta litigiosidad, y malas prácticas administrativas que impulsan a acudir a la vía contenciosa en busca de corrección del silencio administrativo o de resoluciones estandarizadas. El informe puede consultarse en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2021/> pp. 29-59.

Existe un informe específico del mismo órgano sobre el retraso en la Administración de Justicia del año 2018 y que se puede leer en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/07/Separata_retrasos_justicia.pdf. La doctrina constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema, el principal de los males de la Administración de Justicia, condensándose su doctrina en la STC 129/2016, de 18 de julio (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016) -por una demora judicial de dos años-. Paradójicamente, como manifestaba LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, supra, ese propio Tribunal arrastra retrasos de hasta diez años.

común de tratarse de corrientes que exigían una mayor participación de la sociedad civil en la vida pública, y que pretendían acabar con discriminaciones e injusticias. De entre estos colectivos podemos citar; las víctimas, los grupos abolicionistas, organizaciones locales que abogaban por la descentralización y la disposición de mecanismos de control propios de la comunidad local, movimientos a favor de la participación en la justicia, y corrientes de profesionales de diversos ámbitos (educativo, jurídico, social...) comprometidos con aquellos valores. Estos movimientos surgieron en el contexto de una crisis en los recursos de la justicia penal, la tendencia a su privatización. La existencia de tantos precedentes y manifestaciones con fisonomía propia, ha hecho que no resulte sencillo elaborar una definición más o menos integradora del concepto de Justicia Restaurativa.

2.1.4.2. Bases ideológicas y teóricas.

Los precedentes de los movimientos alternativos de justicia restaurativa se pueden ubicar en la corriente del realismo jurídico desarrollada en la Universidad de Harvard en los años 30 del pasado siglo. Allí surgió un pensamiento que se denominó *Critical Legal Studies*, un movimiento crítico con el sistema judicial -al que achacaban un aparato administrativo excesivo, ineficaz y que no garantizaba el acceso a la justicia – y, que, en general, censuraba todo tipo de normativismo. El contexto histórico en que se produjo esta elaboración teórica coincidía con problemas y situaciones sociales candentes en la época, tales como, la sobrepoblación en áreas urbanas, la saturación del sistema judicial, y una actividad económica de gran dinamismo. Adicionalmente, los medios de comunicación, comenzaban en la época a ser relevantes para la opinión pública y transmitían a ésta la situación que se ha expuesto.

Desde una perspectiva histórica, se han descrito como antecedentes de esta filosofía prácticas de composición de épocas muy lejanas, o de territorios que se consideraban bárbaros, pero que, desde la Antropología moderna, han sido contemplados con otros ojos. Otras disciplinas, como la Psicología, han puesto el acento en la inteligencia emocional y sus componentes no racionales, intuitivos y de naturaleza sentimental, que encuentran una mejor vía de satisfacción mediante las herramientas de la justicia restaurativa, que por el sistema de la justicia tradicional.

Junto con los elementos referidos en las anteriores líneas, se han identificado también, en los orígenes de los movimientos de las ADR, precedentes ideológicos de tipo religioso y étnicos, propios de comunidades indígenas o de inmigrantes, así como influencias de movimientos muy vivos en la época de formación, como los *hippies* de la década de los 60 en EEUU. En el plano práctico, uno de los primeros precedentes de esta filosofía de resolución de conflictos fue un programa de la Sociedad religiosa “Los amigos”, en 1972, en Nueva York, imbuida en los valores pacifistas y religiosos, y enfocada en métodos conciliadores, sobre todo pragmáticos. Estas experiencias fueron impulsadas por estudios científicos y aportes de la Antropología, la Psicología, y la Pedagogía.

Se ha atribuido ser precursores intelectuales de este movimiento de justicia restaurativa,²⁷⁶ a la obra *Crime victims an public social policy*, publicada en los años sesenta, de

²⁷⁶ GORDILLO SANTANA, LUIS, *La Justicia restaurativa*, op.cit., pp. 41 y ss.

JOE HUDSON y BURD GALAWAY.²⁷⁷ No obstante, la doctrina considera a NILS CHRISTIE, sociólogo noruego, autor de un artículo publicado en 1976 y de poco más de 20 páginas, *Conflicts as Property*, como el punto inicial de esta doctrina²⁷⁸. Este autor propone una alternativa al sistema penal tradicional en que los implicados y la propia comunidad tomarían una parte activa en el proceso de resolver su controversia frente a la “apropiación” por parte de terceros (operadores jurídicos) del conflicto. HOWARD ZEHR, en sus trabajos *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm* de 1985, y en *Changing Lenses* de 1990, sintetizó y sistematizó el modelo de Justicia restaurativa, subrayando que mediante este instrumento los resultados obtenidos eran más satisfactorios para la víctima, el victimario y la comunidad que los de la Justicia retributiva tradicional.²⁷⁹

Autores de esta escuela²⁸⁰, señalan que el delito no solo causa un quebranto de la ley, sino que también perjudica a la víctima, al propio autor, y a la comunidad. La justicia tiene pues que centrarse en “sanar” esos daños, de ahí una denominación, actualmente en boga, como la de “justicia terapéutica”. Respaldan que los actores, las partes involucradas en el conflicto, deben actuar en la solución del problema, y que los roles de los gobiernos y de las comunidades tienen que ser replanteados. En todo caso, hay que considerar como elementos claves para el desenlace con éxito del conflicto, el encuentro, la reparación, la reintegración y la participación.

La base científico-social del movimiento de Justicia Restaurativa se encuentra en las Ciencias Criminológicas, y dentro de estas en la llamada Victimología. La figura de la víctima ha sido contemplada desde diferentes vertientes a través del desarrollo de aquella ciencia: desde la consideración de la víctima como un mero objeto neutro y fungible, visión propia de la Criminología positivista, a diversas peculiaridades de la misma. Desde este enfoque surgen la llamada Victimología Etiológica, que se interesa por la víctima como sujeto interlocutor con el infractor, o la Victimodogmática que pone su atención en el hecho de que algunas víctimas contribuyen dolosa o culposamente a su propia victimización, lo que puede influir en la

²⁷⁷ “Crime Victims and Public Social Policy”, *The Journal of Sociology & Social Welfare* núm.6/1976, acceso online; <https://scholarworks.wmich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=issw>.

²⁷⁸ CHRISTIE, NILS, “Conflicts as property”, *British Journal of Criminology* v17 n1/1977, traducido al castellano ALBIN ESER, MAIER JULIO, *De los delitos y de las víctimas*, op.cit.

²⁷⁹ Este pensador, profesor en la universidad menonita del Este, Virginia, y presidente largo tiempo del Comité Central menonita de Justicia Penal, es una figura clave en la génesis de la justicia restaurativa según VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada 1998, p. 75. La autora se refiere a la obra *Changing Lenses* como inspiradora al colocar el foco de atención, no en la ofensa del delito a la sociedad, sino contra un/os individuo/s concreto/s. Otras obras relevantes del autor norteamericano son: *Crime and the development of Modern Society*, Routledge, Londres 1976, (existe una reciente traducción al castellano *Cambiando de lente: un nuevo enfoque para el crimen y la Justicia*, Ed. New Publisher, 2021) y *Justice Alternatives: A Restorative Perspective*, Imbizo, 1996. Entre sus obras más recientes; *Fundamental concepts of Restorative Justice*, Routledge, London 2004, *The Little book of Restorative Justice*, Ed. Goodbooks, Intercourse 2002.

²⁸⁰ Son autores de la escuela reseñada WRIGHT, HARDING, BAZEMORE y WALGRAVE, BRAITWAIT VAN NESS. Uno de los más importantes de ella, MARK UMBREIT, y su teorización es analizada por el profesor y trabajador social OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 107-114. El modelo de MARK UMBREIT, denominado humanista, entronca con las posibilidades de sanación y transformación de las personas participantes. Desde el punto de vista, tanto teórico como aplicativo, su método está enfocado a la curación, *paradigm of healing*. De entre la abundante bibliografía del profesor de la universidad de Minnesota; *Victim meets offender: the impact of Restorative Justice and Mediation*, Ed. Criminal Justice Press, New York 1994, *Restorative Justice Dialogue*, Springer Publishing Company, 2010, *The Handbook of Victim offender Mediation: an essential guide to practice and research*, Jossey-Bass, 2000, *Mediating Interpersonal conflicts*, Wipf and Stock Publishers, Eugene Oregon 2006, *Dancing with the energy of conflict and trauma*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013.

responsabilidad criminal del agresor, o la Victimografía, centrada en el elemento cuantitativo del fenómeno criminal, sirviéndose de diversas herramientas metodológicas con un enfoque científico empírico-analítico.

Como reacción al enfoque anterior, ciertas corrientes de la Victimología, incidieron más en la acción contra la victimización, que en el estudio sobre la misma. La relevancia que fueron adquiriendo las víctimas motivó que las fuerzas políticas crearan a partir de los años setenta del pasado siglo, servicios de asistencia para aquéllas, y normas de actuación respecto a las mismas, los primeros en EEUU e Inglaterra, y después en el continente. Como se ha visto, el movimiento de justicia restaurativa se encontraba asentado, sobre todo, en una ideología, sin embargo, las conveniencias económicas de tipo utilitarista fueron abriéndose paso paulatinamente. Así, a partir de los años 80 del siglo XX, los mecanismos desarrollados por las ADR se fueron institucionalizando e incorporándose al sistema judicial, en paralelo al fenómeno descrito de potenciación de la figura de la víctima.

El éxito de las modalidades de justicia restaurativa se debe a múltiples factores. Algunos de ellos son de carácter coyuntural, tales como las dificultades de acceso a la Justicia en muchos países derivado del incremento de la litigiosidad, el colapso judicial, y la creciente complicación técnica de los procesos²⁸¹. El derecho de acceso a la justicia para todos, es de naturaleza fundamental y se encuentra consagrado en el art. 6 del CEDH, tutela judicial efectiva y derecho a un juez imparcial, que también contempla el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁸². Las ADR tienen una relación directa con las políticas para el mejor acceso a la justicia en la medida que las mismas permiten a las partes sostener un diálogo más fluido del que extraerán la decisión de acudir o no a los tribunales. Por ello, puede decirse que estas técnicas coadyuvan a una tutela judicial efectiva más eficaz, puesto que favorecen un acceso a la justicia más reflexivo.²⁸³ En otro orden de intereses, y ante la evidencia del alto número de pleitos, y la insuficiencia del sistema judicial para hacerle frente, las ADR se postulan como un sistema para mitigar aquél, y lograr mayor rapidez, eficacia y menor gasto.²⁸⁴

²⁸¹ Estas circunstancias que, ciertamente, pasan de ser coyunturales y parecen estructurales, son sugeridas por SOLETO MUÑOZ, HELENA, *Los métodos alternativos de resolución de conflictos Habilidades y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid 2007, pp. 131 y ss.

²⁸² El art. 1.1 CEDH, Roma, 4 noviembre 1950, dispone: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)”. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, (2000/C 364/01), dada en Niza el 7 de diciembre de 2007, hace, igualmente, referencia a la tutela judicial efectiva y al derecho al juez imparcial. El derecho comprende ser oído públicamente y en un plazo razonable, por un tribunal predeterminado, independiente e imparcial, y ser asesorado jurídicamente, incluso, en caso de carencia de recursos, de forma gratuita.

²⁸³ Partiendo de la base de que un Estado democrático de Derecho ha de garantizar el derecho fundamental a la justicia y prohibir la autotutela, MARTÍN DÍZ, FERNANDO, “El Derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 106/2019, entiende que las nuevas formas de resolución de conflictos fuera de la jurisdicción suponen un reto, pues en cualquier caso, en el proceso o fuera de él, entiende los derechos fundamentales de los ciudadanos han de quedar garantizados. Desarrolla después su propuesta: es necesaria una concepción más amplia de lo que se entiende por justicia (que, como advertía la profesora BARONA VILAR, es comúnmente identificada con los tribunales, con la Administración de justicia) que identifica con la misma idea de justicia, la cual puede ser colmada de diversas formas. En base a dicho argumento el profesor de la universidad de Salamanca va ensanchando el concepto, hasta formular su propuesta de perfil procesal-constitucional del derecho fundamental a la justicia sobre las notas de: subjetivo, público, prestacional, acceso a mecanismos auto o heterocompositivos, asentado sobre el principio de legalidad, y libertad de configuración por el ciudadano de la forma de solución del litigio.

²⁸⁴ Muy crítico con esta argumentación el profesor de la universidad de Valladolid, CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal” *op.cit.*. El autor habla de

2.1.5. Concepto y características de las *Alternative Dispute Resolution*.

La denominación de “medios alternativos” para referirse a los instrumentos de la Justicia Restaurativa no es tan correcta como la de “medios adecuados”, porque en estricto sentido semántico, la idea de la alternativa supone la opción entre dos o más cosas, en tanto que estas técnicas no suponen una opción entre ellas y la jurisdicción, sino una posibilidad más entre las ofrecidas por el ordenamiento jurídico para la resolución de conflictos.²⁸⁵ La mediación, como primera aproximación general, y en cuanto se trata de la técnica más extendida y conocida de estos mecanismos, es un sistema alternativo de control social sobre la gestión de los conflictos que históricamente ha funcionado en diversos ámbitos culturales y tradiciones jurídicas.

Estos medios no son una alternativa a la jurisdicción, como hemos apuntado y como se abundará posteriormente, sino más bien un complemento a aquella. Podría hablarse de alternatividad en referencia al sistema penal en su conjunto en base al siguiente razonamiento: el sistema se coloca frente al infractor y dirige su actividad contra él, excluyendo a la víctima de este esquema. Esta justicia retributiva, que rige en los sistemas penales occidentales, aparece inexorablemente una pena o medida de seguridad al autor de la infracción penal. En este esquema subyace la idea de “castigo” como asignación particularizada al delincuente por el daño causado, y lo hace centrándose en el momento del hecho delictivo, por tanto, mirando al pasado y no tanto a la prevención de futuras conductas similares, por lo que el fin preventivo de la pena no se cumple. A este respecto es de considerar que, ante esta amenaza de castigo el delincuente, como es lógico, muestre una actitud tendente a no asumir su responsabilidad con el objeto de eludir la pena, excluyendo así la posibilidad de que reflexione sobre su conducta y sus consecuencias, y que así pueda asumir su responsabilidad de forma serena. Por último, el sistema retributivo se basa en una concepción individualista del castigo en que se identifica al autor como responsable único de la infracción penal, en tanto que existen una serie de factores socioeconómicos, personales, culturales y de otro orden, que, en muchas ocasiones, pueden modular aquella responsabilidad que, sin embargo, la ley presume en el delincuente al considerar su voluntad libre.

dicotomía existente entre la llamada justicia restaurativa (por la que parece haber apostado la Administración, parece quejarse) y la justicia ordinaria, entendiéndose que esta última es la “auténtica” ya que solo ella ejerce el poder jurisdiccional en el marco del proceso penal. Adicionalmente, y en referencia a las bases que, en otros ordenamientos jurídicos y realidades culturales, han impulsado la justicia restaurativa, efectúa otras críticas. Así, según sostiene, no puede compararse la situación delincencial y social de los EEUU en la época en que surgieron estas técnicas restaurativas, con las actuales en España, ni tampoco la situación de la víctima -incomparablemente mejor en nuestro ordenamiento-, ni tampoco se puede olvidar que la supuesta mejor resocialización e individualización de la pena conseguible mediante aquellas técnicas, están más que aseguradas con la gran adaptabilidad del sistema penal a estas circunstancias. Por último, reflexiona sobre un factor sociológico de primer orden, y sumamente clarificador, cual es que las técnicas restaurativas precisan de un sustrato cultural propio de sociedades homogéneas y que comparten valores, algo que no se da en nuestro país, post-industrial, desestructurado y multicultural. No cabe duda de que, además de factores sociológicos propios de nuestro país, la práctica de la justicia restaurativa exige unos patrones culturales determinados. Sobre ellos reflexiona VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, op.cit., pp. 119-122.

²⁸⁵ BARONA VILAR, SILVIA “La mediación, mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional, ventajas, inconvenientes, y reflexiones tras ley 5/2012 civiles y mercantiles”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 21-24.

La idea de la justicia restaurativa descansa, como se ha visto al estudiar sus precedentes ideológicos, sobre un concepto humanitario del Derecho penal.²⁸⁶ Al implementarse aquellas técnicas sobre el sistema penal, se ha enriquecido su enfoque integrando ideas provenientes de la dogmática penal, tales como la prevención especial, la resocialización, o el principio de intervención mínima, así como otras aportaciones provenientes de la Victimología o, incluso, de las teorías abolicionistas.

Hay que reiterar una premisa importante sobre el carácter de las técnicas ADR en relación con el sistema penal: no suponen un modelo alternativo al proceso, sino integrado en él, con todas sus garantías. Al menos, tal es la opinión sostenida de forma casi unánime. No se trata de que el Estado desista en la persecución del delito, y lo confíe a una solución privada ajena al proceso. Al contrario, debe hacerlo en el seno de éste y con todas sus garantías. En segundo lugar, y centrándose en la figura del delincuente, estas técnicas tienen por objetivo tres propósitos: auxiliar a la rehabilitación y reinserción del infractor, ayudarle a entender las consecuencias de su conducta y enseñarle a asumir actitudes empáticas.

El modelo de justicia restaurativa supone un nuevo enfoque o paradigma que trata de dar una respuesta más integral, adecuada y eficaz al delito, evitar la victimización y ofrecer una justicia más humana frente a la meramente retributiva. Este modelo engloba a víctima, ofensor y comunidad y busca la reparación del daño, la reconciliación de las partes, el fortalecimiento del sentimiento de seguridad en la comunidad y la consecución de la paz social. Trata de satisfacer los tres intereses concernidos en la infracción penal: el de la víctima (en forma de reconocimiento por parte del ofensor, y consiguiente reparación), así como los del infractor y los de la comunidad (para el primero, tratando de lograr su rehabilitación, y respecto de la segunda, mediante una más eficaz prevención de la reincidencia, y un ahorro en los costes de justicia) ello respetando todas las garantías y derechos del ofensor. En otro orden, cumple el objetivo de la prevención especial al permitir al infractor interiorizar las consecuencias de la infracción penal, y ayudar a la víctima mediante un comportamiento tendente a repararle el daño, sirviendo de esta manera, a su mejor resocialización.²⁸⁷

²⁸⁶ En un primer acercamiento al concepto de justicia restaurativa, VARONA MARTÍNEZ, GEMA, “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, op.cit., pp. 335-336, identifica como pilares básicos de la misma las siguientes ideas: integración de las expectativas y derechos de víctimas y victimarios, participación activa y dialogada de ambos -y la sociedad- en el procedimiento y, finalmente, la reparación de los daños causados por la conducta delictiva.

²⁸⁷ El Derecho penal moderno debe tratar de conseguir, explica el jurista alemán, ROXIN, CLAUDIUS, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, p. 31, el mayor grado posible de estructuración o conformación social, de arreglo a los objetivos del Estado social de Derecho, tratando de impedir que se cometan delitos privándolos al satisfacer los requerimientos de esta forma de Estado. Existe una amplísima producción doctrinal sobre las llamadas ADR. En la obra de VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, op.cit., p. 137-141, trata de su origen y características. El trabajo de GORDILLO SANTANA, LUIS FERNANDO, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, op.cit., pp. 133-134, recoge también dichos extremos. Igualmente lo hace BARONA VILAR, SILVIA, “Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, op.cit., pp. 55-95. La misma autora apunta el posible futuro de estos medios de resolución de conflictos BARONA VILAR, SILVIA, “Mutación de la justicia en el siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía”, AAVV, (Ed. BARONA VILAR, SILVIA), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, pp. 43-48.

La mediación es un mecanismo autocompositivo para la gestión y resolución de conflictos que se desarrolla a través de un procedimiento extrajudicial y extraprocésal.²⁸⁸ El fundamento último de la mediación podemos encontrarlo en la idea de libertad, en la autonomía personal de los individuos, que, de forma voluntaria y decidida, solventan sus propias diferencias. Por otra parte, no es un proceso y la función que cumple no es jurisdiccional. Puede hablarse de proceso en el sentido de que el mediador realiza una función consistente en conducir a las partes de manera voluntaria, y sean ellas quienes encuentren el punto común de acuerdo. Una vez alcanzado éste, sí será necesario determinar sus efectos jurídicos relativos a su obligatoriedad o su eventual impugnación. Una característica de la mediación es que tan solo requiere, o debería requerir, una limitada regulación, concerniente a sus requisitos elementales (confidencialidad, presunción de inocencia, bilateralidad, etc...) y su manera básica de funcionamiento, pero que, al mismo tiempo, permita una flexibilidad suficiente para que pueda funcionar de la manera más eficaz posible: la razón de dicha exigencia deriva de las especificidades subjetivas y materiales que pueden darse en función de múltiples variables. Este nuevo paradigma de la justicia restaurativa aporta una perspectiva muy innovadora para el Derecho.²⁸⁹ Ha habido quien ha situado ideológicamente la mediación en el humanismo, haciendo una reflexión que, a nuestro parecer, identifica perfectamente cuál es la clave interpretativa de toda la que, podemos denominar, “filosofía” del ideario de la justicia restaurativa.²⁹⁰

El esquema de la mediación gira en torno a la figura del mediador, que, debido a la multiplicidad de áreas y personas implicadas, hace que presente una fisonomía multifacética, por lo que no parece prudente circunscribirla a un determinado tipo de profesional. Comoquiera que sea, el mediador, ha disponer de unos requisitos mínimos en cuanto a su cualificación y formación.²⁹¹ Su labor viene definida en el art. 13 LMACM, siendo sucintamente, la de facilitar

²⁸⁸ BARONA VILAR, SILVIA “La mediación, mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional, ventajas, inconvenientes, y reflexiones tras ley 5/2012 civiles y mercantiles”, *op.cit.* p. 21. A pesar de su extensión PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2020, p. 23, ofrece una definición muy depurada de mediación que describe como “un método institucionalizado y complementario al procedimiento judicial, nacional o internacional, de resolución de conflictos de carácter privado como público, iniciado voluntariamente o por requerimiento, en el que las partes del conflicto son las protagonistas de plantear, desarrollar, y reflexionar en condiciones de igualdad de términos del conflicto que las separa. Además de las partes en conflicto, la figura del mediador ha de ser la de aquel profesional ajeno al conflicto particular en cuestión, que auxilia a las partes con distintas técnicas y herramientas elaboradas por diversas disciplinas sociales, para que sean ellas mismas las que, eventualmente, consigan llegar a un acuerdo que ponga término al conflicto y cuyo contenido sea fruto de la acción comunicativa de las partes y nunca decisión de un tercero”.

²⁸⁹ De esta manera lo considera FLORES PRADA, IGNACIO. “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y arbitraje*, núm. 2/2015, haciendo hincapié en el aspecto revolucionario que tiene este nuevo paradigma restaurativo ya que aporta soluciones novedosas al derecho penal y procesal, al poner el acento en la restauración integral del daño como un nuevo fin del proceso penal, antes no tan relevante, al favorecer a la víctima, antes orillada del proceso penal, y pasar de la “verticalidad” en la resolución del conflicto, de un órgano por encima de las partes, a una solución “horizontal” consensuada entre las mismas.

²⁹⁰ La profesora VARONA MARTÍNEZ, GEMA, “Definir o no definir la justicia restaurativa al hilo de su relación con la justicia retributiva. Observaciones a las tesis de la profesora Kathleen Daly desde el contexto español”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL) *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, *op.cit.*, p. 387, se pregunta si resulta posible innovar la justicia penal, y de qué manera lo sería, respondiendo afirmativamente, pero señalando que tendrá que ser desde un paradigma humanístico de cambio cultural de valores, donde la persona humana afectada sea el centro de la intervención, sin merma de ninguna garantía procesal ni material, y con el propósito razonable y modesto de al menos contener y no agravar los problemas que originan la delincuencia.

²⁹¹ En este sentido el art. 11.1 LMACM, establece: “Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión (...)” para añadir en el apartado 2º “El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos

la comunicación y acercamiento entre las partes, cuidar de que estén informadas y asesoradas, ser imparcial e informar sobre eventuales problemas sobre esta circunstancia, y no tener relación ni interés en el asunto, siendo renunciable su labor en cualquier momento.

De esas notas comunes se puede extraer una primera definición provisional de Justicia Restaurativa, con sus elementos sustanciales e identificadores básicos: un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro. En la anterior definición encontramos tres elementos significativos; el proceso de diálogo, la existencia de partes, y los acuerdos restauradores. La justicia restaurativa refleja de una serie de valores básicos que han ido dándole forma, y que han sido descritos con una serie de sustantivos que nos transmiten la esencia de su naturaleza.²⁹²

El diccionario común de la RAE recoge en su acepción jurídica la mediación²⁹³ con un término que puede parecer inexacto, al definirla como “actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio”. En dicha definición se hace énfasis en la labor del mediador que, da la impresión, es quien tiene el protagonismo en la consecución del acuerdo, cuando una inteligencia correcta de la figura, desde el punto de vista jurídico, describe a ésta como un mero asistente que ayuda a las partes a comunicarse y se entiendan, pero siendo éstas quienes realmente actúan en el procedimiento y encuentran la solución a su controversia. Se ha subrayado a este respecto que, si los contendientes encuentran por sí el remedio a su conflicto, el grado de cumplimiento será mucho más intenso que si es un tercero, y de forma coercitiva, quien impone su solución. El diccionario Panhispánico del español jurídico ofrece sin embargo otra acepción más concreta y aproximada al definirlo como “procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos en el que interviene un mediador para tratar de aproximar los puntos de vista de las partes en conflicto de modo que les permita alcanzar un acuerdo”.²⁹⁴ Otras definiciones de ámbito internacional abundan sobre la idea básica y sucinta que ofrecen los diccionarios españoles.²⁹⁵

específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.”

²⁹² En este sentido, SANDRA WALKLATE “Restorative justice: therapy and/or reconciliation? ¿Justicia restaurativa ¿terapia y/o reconciliación?, AAVV, (Coords. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ), *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 105-119, enumera una serie de sustantivos que nos dan una idea aproximada del entorno axiológico e ideológico en que se mueve la justicia restaurativa; “curación, verdad, reconciliación, perdón, disculpa, asunción de responsabilidad por el daño causado, recuperación del reequilibrio moral”.

²⁹³ AAVV, *Diccionario de la lengua española*, op.cit.

²⁹⁴ AAVV, *Diccionario Panhispánico jurídico RAE*, Santillana, Madrid 2017.

²⁹⁵ El diccionario *Real Life of the Law*, por su parte, define así mediación; “el intento de resolver un conflicto legal mediante la participación activa de un tercero (mediador) que trabaja para encontrar puntos de entendimiento y hacer que las partes en conflicto se pongan de acuerdo en un resultado justo. La mediación se diferencia del arbitraje, en el que el tercero (árbitro) actúa de forma muy parecida a un juez en un entorno extrajudicial y menos formal, pero no participa activamente en la discusión. La mediación se ha convertido en algo muy común para tratar de resolver conflictos de relaciones domésticas (divorcio, custodia de los hijos, régimen de visitas) y a menudo es ordenada por el juez en estos casos. La mediación también se ha hecho más frecuente en los casos de contratos y daños civiles. Hay mediadores o abogados profesionales que realizan algunas mediaciones a cambio de unos honorarios considerables, pero el coste económico es menor que el de llevar el asunto a los tribunales y puede lograr una pronta solución y el fin de la ansiedad. Sin embargo, la mediación no siempre da lugar a un acuerdo”.

<https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=12338>

2.1.6. Ámbitos de introducción de las técnicas *Alternative Dispute Resolution* en distintas ramas del ordenamiento jurídico.

2.1.6.1. Las *Alternative Dispute Resolution* en el ámbito civil.

Es en el ámbito de los derechos disponibles, fundamentalmente, donde los ordenamientos jurídicos han mostrado en los últimos tiempos un interés creciente por los sistemas autocompositivos y por el arbitraje, a la vista de las limitaciones que presentan los jurisdiccionales.²⁹⁶ Dicha modalidad ha sido impulsada desde la Resolución del Comité de ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986, y desarrollada posteriormente en un “Libro Verde”, auspiciado por el Consejo Europeo, sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil para su promoción, y por la Directiva 52/2008 sobre mediación en esos asuntos. Dichas iniciativas también se han producido en el ámbito de la UE, existiendo un “Libro Verde” en dicha materia sobre las áreas civil y comercial (19/02/2002 COM 196 final) o la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, traspuesta al ordenamiento español en la LMACM, sobre esta materia.

En diversos ámbitos civiles, multitud de sectores han tenido un desarrollo muy significativo en esta materia, destacando la protección de derechos de los consumidores, a raíz de la Recomendación de la Comisión de 4 abril 2001, sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE), o la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 sobre la red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo (2000/C 155/01), y el Reglamento de la UE 524/2013 del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo del 2013, referente a la solución de litigios en línea en materia de consumo que modifica el reglamento CE número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

A nivel del ordenamiento interno español, también el arbitraje ha sido impulsado vía la Ley 11/2011 de 20 de mayo (y su complementaria LO 5/2011 de 11 de mayo para la reforma del la LOPJ), que reformó la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje y regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Por último, ha constituido un hito en la materia, la LMACM, que presenta un carácter de mínimos respecto a la legislación autonómica en la materia y que fue desarrollado por el RD 980/2013 de 13 de diciembre. Esta ley ha supuesto la implantación en España de un régimen general de la mediación como instrumento complementario de la Administración de Justicia y por su especial relevancia se desarrollará brevemente en las siguientes líneas.

La LMACM ha supuesto, como se apuntaba, un hito esencial en la implantación de la cultura jurídica de la mediación en España, estableciendo su régimen jurídico, principios informadores y mecanismos para propulsar su aplicabilidad. En el art. 1.1 de la ley se define mediación: “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. Esta última figura es capital, y en torno a ella gira lo característico de esta herramienta de la justicia restaurativa. El mediador

²⁹⁶ Sobre el marco normativo de la mediación en el ámbito civil tras la promulgación de la LMACM, la monografía confeccionada por ÁLVAREZ TORRES, MANUEL, GIL VALLEJO, BEATRIZ, MORCILLO JIMÉNEZ, JUAN JESÚS, *Mediación civil y mercantil*, Dykinson, Madrid 2013, nos proporciona una visión integral de la misma.

promueve la comunicación²⁹⁷ entre los intervinientes, ayuda a identificar el problema, las posiciones de éstos, a clarificar el conflicto y a que las partes encuentren por sí mismas una solución. El hecho de que sean aquellas las que hallen la manera de dar solución al conflicto es lo más significativo del proceso, habida cuenta que es fruto del aprendizaje que los propios intervinientes han adquirido durante el desarrollo de aquel.

Las manifestaciones de la justicia restaurativa y la mediación, como se ha dicho, tienen un carácter transversal a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho Público y no sólo el privado, como estamos viendo, así la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, el Derecho Administrativo, expresan una serie de supuestos donde puede operar la mediación administrativa, con el propósito de mejorar las relaciones entre administrados y Administración, considerando que se trata de herramientas sumamente útiles para lograr dicho objetivo.²⁹⁸

2.1.6.2. Las *Alternative Dispute Resolution* en el ámbito penal.

Desde décadas atrás, tanto en el sistema continental, como en el de *common law*, se lleva a cabo la práctica de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en cualquier fase del procedimiento penal, para poner fin al mismo, y resolver el enfrentamiento víctima-victimario mediante acuerdos reparatorios, con intervención de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal. Se logra así el restablecimiento de la paz social y el resarcimiento de la víctima. En España estas técnicas se normativizaron, como ya se ha indicado, con la promulgación de la LORPM que, junto con la atribución al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación penal, previó técnicas tales como el desistimiento de incoación de expediente, el

²⁹⁷ Los aspectos comunicacionales del procedimiento son esenciales. Se puede afirmar que constituyen una de las piedras angulares de la mediación. Su utilidad, sus características y las virtudes necesarias para conseguirlo con éxito son estudiadas por ESTEBAN SOTO, YOLANDA, “La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación”, AAVV, (Coords. SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, op.cit., pp. 77-94.

²⁹⁸ El autor CARBALLO MARTÍNEZ, GERARDO, “La mediación en el marco de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, op.cit. pp. 335-369, señala que muchas resoluciones judiciales han recogido terminaciones convencionales de expedientes sancionadores, o de acuerdos indemnizatorios. La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo es tratada también por CABALLO MARTÍNEZ, GERARDO, “Otros modos de terminación del procedimiento (II)”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL), *Tratado sobre el proceso administrativo (LJCA)*, op.cit., pp. 512-556, que, igualmente, realiza un interesante análisis sobre la situación en el Derecho comparado. En el ámbito de la mediación en cooperativas, a modo de ejemplo, la regulación, según el art. 149.1 CE no es materia exclusiva del Estado, manteniendo las Comunidades Autónomas competencia al respecto: un gran número de CCAA han promulgado leyes sobre cooperativas, pero tan solo en tres de ellas existen menciones explícitas a la mediación, la de Extremadura, la de Castilla-La Mancha y en la de Cataluña, aunque es un mecanismo viable en todas. La mediación en el área cooperativa, sostiene ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, “La mediación en el ámbito de las cooperativas: la extensión del espíritu cooperativo a la resolución de conflictos”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta en los diferentes ámbitos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 146-189, puede resultar especialmente fructífera: a pesar de que, en la actualidad el elemento económico, debido a la propia dinámica de las grandes empresas y del mercado, es el que prima en la vida de las cooperativas, no hay que olvidar que su naturaleza es la de una mutualidad de trabajo en donde las relaciones de ayuda mutua, confianza, y solidaridad, son sus verdaderos fundamentos. En este contexto, el recurso a la jurisdicción cuando surgen problemas, resulta muy contraproducente porque la confianza recíproca resulta dañada. Por ello, el éxito de la mediación es más probable en este entorno cooperativo, ya que las naturalezas de ambas instituciones -cooperativa y mediación- casan muy bien puesto que, participan de la idea de libertad y de autodeterminación personal, ayuda mutua, solidaridad y unión.

sobreseimiento por conciliación o reparación y reducción de medidas por conciliación o reparación, añadiéndose a mecanismos que se venían practicando en la justicia de adultos, como la suspensión -y también antes de su supresión, la sustitución- de la pena, en relación con la reparación a la víctima.²⁹⁹

Esta traslación de la Justicia Restaurativa al ordenamiento jurídico se ha materializado también en su inclusión el ALECr 2011, y el BCPP 2013, junto con el actual ALECr 2020, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, actualmente en tramitación parlamentaria, y al que más adelante se hará referencia pormenorizada, así como en la LO 1/2015 de modificación del CP (libro VI, sobre el procedimiento para el juicio por delitos leves), así como también en la Ley 4/2015 EVD, recoge la posibilidad de la víctima de acudir a mecanismos de justicia restaurativa dentro del proceso penal. El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que lo desarrolla y regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, ha completado la regulación sobre esta función tuitiva hacia las víctimas.

El ámbito penal ha sido tradicionalmente el más refractario a la introducción de los mecanismos de justicia restaurativa, debido a la existencia en él de derechos de carácter no disponible sobre los que versa. No obstante, hace ya unas décadas que se fomentó el uso del instituto de la conformidad, herramienta como se verá más tarde imprescindible para articular la mediación penal. La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior, han ampliado y potenciado extraordinariamente el instrumento referido.

En el Derecho Penal el principio de necesidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, cuanto más rígido se muestre, implicará, paradójicamente, que el operador jurídico tenga una mayor disponibilidad sobre el mismo. Primeramente, porque no resulta posible perseguir todas las infracciones penales, siquiera las denunciadas, y, en segundo lugar, debido a razones de tipo coyuntural, en concreto, la sobrecarga de la Administración de Justicia que, a pesar de la inversión hecha en ella, nunca alcanza a cubrir la demanda que se le exige. Ello hace que materialmente no resulte viable cumplir aquella obligación. Antes de que el aparato judicial tome contacto con la noticia del hecho criminal, hay que tener en cuenta la llamada “cifra negra” de la criminalidad, que supone ya un primer filtro de las infracciones realmente ocurridas, y que no llegan siquiera a ser puestas en conocimiento de la autoridad pública. La razón fundamental de ello, y que denota la quiebra del sistema de justicia penal, es que la ciudadanía considera que acceder a la jurisdicción es una pérdida de tiempo.

Tras este primer filtro, los jueces y fiscales realizan una posterior selección de las infracciones prioritarias, desechando otras que consideran menos importantes, y que se traducen en inactividad, abstención o inercias tales como los numerosísimos archivos apriorísticos sobre asuntos que requerirían un mínimo de actividad judicial, en inacciones procesales, o en sobreseimientos y archivos sobrevenidos por falta de atención judicial.

²⁹⁹ Las funciones del Ministerio Fiscal en este procedimiento las analiza COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Derecho Penal de Menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, pp. 151-153.

El panorama resulta, además, desordenado puesto que no hay, ni siquiera en el Ministerio Fiscal que viene obligado a ello, uniformidad de criterios sobre la discrecionalidad, evidenciando la falta de una política criminal al respecto.

2.1.7. Principios de la mediación penal.

Como hemos visto, la mediación resulta aplicable a todas las esferas o ámbitos del Derecho. A pesar de ello, cada cual posee unas características propias que obligarán, consecuentemente, a modular los principios de la mediación en función de qué ámbito del Derecho se trate. La LMACM, establece unos principios referentes a la mediación de esta naturaleza, pero hay que aclarar, como enuncia su propia EM, que éstos tienen carácter general para los diferentes ámbitos jurídicos donde haya que aplicarse la mediación.³⁰⁰ Naturalmente, a pesar de su carácter básico, requieren adaptación a las especialidades correspondientes, en particular en el caso del Derecho penal dada la naturaleza indisponible de su materia.³⁰¹

En esta misma consideración se basaba el BCPP 2013, que en su art. 144.1 se remitía a la LMACM con carácter supletorio. No obstante, no hay que olvidar que la mediación penal que se inserta en el proceso penal debe observar unas garantías procesales básicas de esa naturaleza como se estudiará posteriormente.

2.1.7.1.- Voluntariedad y libre disposición.

Comenzar y proseguir un procedimiento de mediación ha de ser voluntario. Su obligatoriedad la colocaría bajo la tutela del Estado con muchas posibilidades de fracasar. Aunque hay que señalar que, en materia civil y mercantil, el carácter obligatorio puede provenir del previo concierto de las partes (art. 6 LMACM), dicha posibilidad en el ámbito penal evidentemente quedaría descartada, ya que la voluntariedad de la víctima y del infractor para tomar parte en el procedimiento de mediación ha de ser plenamente libre e informada. Es preciso, por tanto, que el conocimiento sobre las características y consecuencias del procedimiento, y sus derechos, sea pleno por ambos intervinientes.³⁰² Se plantea aquí la posible interferencia de la aceptación, por parte del autor, del hecho punible con su derecho a la presunción de inocencia, entendiéndose que su participación pudiera suponer una asunción tácita

³⁰⁰ Un estudio realizado coetáneamente a la promulgación de la ley lo acomete SOLETO MUÑOZ, HELENA, “La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 7834/2012. Una monografía muy completa, que bucea pormenorizadamente en todos los extremos de la ley, ROGEL VIDE, CARLOS, “Actuación del mediador”, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Instituto Complutense de mediación, Madrid 2012, pp.173-178.

³⁰¹ BARONA VILLAR, SILVIA, “Estudios sobre el significado e impacto de la mediación ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?”, *op.cit.*, p. 21 y ss.

³⁰² Los requisitos de voluntariedad y libre disposición, contenidos en el art. 6 LMACM, son tratados por SERRANO GÓMEZ, EDUARDO, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012, op.cit.*, pp. 101-107. Según este autor, se trata de requisitos presentes en las definiciones habituales de ADR de estudios y textos internacionales sobre la materia. Apunta el autor que, a diferencia de lo recogido en el Anteproyecto de dicha ley (que contemplaba algún supuesto de obligatoriedad en caso de que así lo determinase una ley), la voluntariedad es plena. A este respecto, la problemática que ha generado el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, será estudiada más adelante. La voluntariedad, implica tanto a mediador como partes, y abarca desde el inicio a la finalización de la mediación.

de su responsabilidad en el hecho delictivo³⁰³. Se trata de una de las objeciones o críticas que, en especial en el área penal, se han puesto de manifiesto sobre la mediación. Como se explicará más adelante, una serie de previsiones impedirían, en buena medida, que el problema se pueda materializar.

En todo caso, es preciso la confidencialidad del procedimiento y que el contenido de las negociaciones sea reservado, y no pueda usarse en el procedimiento penal posterior como elemento probatorio. La vigilancia de que el principio de presunción de inocencia se respeta compete al Juez y al Ministerio Fiscal, que deben asegurarse de que las condiciones en que se opta y se desarrolla el procedimiento son libres y voluntarias. También compete esta función, de más cerca durante el desarrollo del procedimiento, al mediador que deberá vigilar al respecto. La voluntariedad ha de abarcar toda la duración del procedimiento de la mediación, que en cualquier momento podrá ser abandonada por sus participantes.

2.1.7.2. Principio de oficialidad.

La derivación puede ser solicitada por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal, pudiendo el juez o el fiscal interesar informes sobre la conveniencia de la misma a los Servicios de Mediación. La decisión de derivar una causa criminal a mediación, así como la valoración de los resultados de un procedimiento de mediación, debe estar reservado a las autoridades de Justicia criminal, según como establece la regla IV.9 de la Recomendación N° R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación en Materia Penal.³⁰⁴ Según el Considerando 46 de las Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, aprobadas por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, se deben tomar en consideración para practicar esta derivación oficial, factores tales como: la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían imitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio.

³⁰³ Estudiando las garantías que debe cumplir la justicia restaurativa, citan entre ellas la del respeto a la presunción de inocencia SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, PORRES GARCÍA, IZASKUN, SÁNCHEZ RECIO, MARTA, “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito”, *Revista de Victimología*, núm. 2/2015, reseñan la doble perspectiva de ésta, como regla de procedimiento y regla de juicio, que suponen tratar al inculcado como inocente durante todos los trámites del procedimiento, y enjuiciarlo bajo esa presunción, respectivamente. La primera perspectiva evitaría que el asunto se derivase en tanto negase los hechos, no si la diferencia versase sobre la calificación jurídica, por ejemplo. Sobre el carácter basililar de este principio abunda MORENO CATENA, VÍCTOR, “Sobre la presunción de inocencia”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Alicante 2015, pp. 632-646, ahondando en todas las facetas que muestra aquél y los derechos derivados que comprende. En opinión de la profesora GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 96, en absoluto debe ser óbice, pues la aceptación de tomar parte en el procedimiento de mediación no implica ninguna asunción de responsabilidad, quedando además neutralizado dicho problema por la obligación de confidencialidad.

³⁰⁴ Esta obligación es recordada por DEL RIQUELME HERRERO, MIGUEL PASCUAL, *Mediación penal: marco conceptual y referentes*, COMJIB, Madrid 2013, p. 65. GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el proceso penal, op.cit.*, p. 100-101, considera que la inserción de la mediación en el sistema penal permite la compatibilidad entre libertad y voluntariedad, por un lado, y el principio de legalidad por otro, con las matizaciones que supone la aplicación del principio de oportunidad reglada, que, en cualquier caso, exige su activación por parte del Ministerio Fiscal.

Será después el mediador quien se encargará, durante el procedimiento, del respeto a los derechos fundamentales de las partes, tales como; igualdad, confidencialidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, y dignidad personal. Dada la introducción del principio de oportunidad reglada en el proceso penal (por ejemplo, la reforma para delitos leves de la LO 1/2015 ya mencionada), la mediación, además de articularse por vías de desviación, se podrá materializar también mediante el sobreseimiento de la causa. En virtud del principio de oportunidad reglada, deberá ser el Ministerio Fiscal quien active el procedimiento de mediación, aunque haya sido solicitado por las partes e iniciado por éstas.

2.1.7.3. Principio de igualdad.

Las partes en el procedimiento de mediación tienen que tener garantizadas igualdad de oportunidades durante el desarrollo de aquél, con equilibrio de sus posiciones y sin que el mediador pueda alterar de ninguna manera este equilibrio.³⁰⁵

2.1.7.4. Principio de neutralidad-imparcialidad de los mediadores.

A estos dos atributos hacen referencia respectivamente los arts. 7 y 8 LMACM, al reseñar el comportamiento neutral e imparcial que han de sostener los mediadores durante su actuación.³⁰⁶ El primero de los artículos apunta que la actuación del mediador, que no podrá actuar “en perjuicio o interés de cualquiera de ellas (las partes)”. El art. 13.4 y 5 LMACM, a fin de garantizar la imparcialidad del mediador, señala que “El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad”, añadiendo el apartado 5, “Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses (...)”, describiendo a continuación una serie de circunstancias que se considerarán tales.³⁰⁷ El art. 8 LMACM concierne al elemento sustancial de la neutralidad, consustancial a la

³⁰⁵ Sobre el principio de igualdad escribe GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, “Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores”, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012, op.cit.*, pp. 109-119, exponiendo que se trata de un mecanismo básico para el equilibrio de fuerzas de las partes, siendo una característica esencial de todos los instrumentos ADR, entre ellos, menciona la autora, el Código Europeo de conducta para los mediadores de 2004.

³⁰⁶ Véase a este respecto CALVO SOLER, RAÚL, “Jueces y mediadores. Cuatro modelos de neutralidad del tercero en la resolución de conflictos”, AAVV, (Dir. GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO JAIME), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2006, pp. 133-158. Este requisito es tratado por GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, “Artículo 8. Neutralidad”, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012, op.cit.*, pp. 119-129, que localiza el objeto de dicha neutralidad en “la actitud del mediador frente al posible resultado del procedimiento de mediación”. Neutralidad e imparcialidad son conceptos que se encuentran íntimamente interrelacionados, pero la primera asegura la libertad de decisión de las partes y es un principio informador de la mediación, mientras que la segunda garantiza la igualdad de poder. Sobre la complejidad del concepto de neutralidad y las acepciones que se le pueden dar se refiere MORCILLO JIMÉNEZ, JUAN JESUS, “El proceso de mediación”, ÁLVAREZ TORRES, MANUEL, GIL VALLEJO, BEATRIZ, MORCILLO JIMÉNEZ, JUAN JESÚS, *Mediación civil y mercantil, op.cit.*, pp. 155-157. Además de las garantías concernientes a la imparcialidad recogidas en LMACM, observa PÉREZ-UGENA CAROMINA, MARÍA, “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto*, núm. 1/2014, que un plus en aquellas sería el esfuerzo del mediador en demostrar su imparcialidad. Según razona, dicha actitud vendría recogida el Código europeo para mediadores que establece en su art.2.2 “El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación.”

³⁰⁷ El art. 13.5 LMACM enuncia los tradicionales impedimentos que pueden conllevar parcialidad o interés propio, y que rigen en las prohibiciones estatutarias, tales como relaciones personales o económicas con las partes, intereses de tipo personal o relativos al resultado de la mediación. Cualquier circunstancia de este tipo tendrá que ser comunicada por el mediador a las partes. Comenta ROGEL VIDE, “Artículo 13. Actuación del mediador” AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE,

propia naturaleza de la mediación y seguramente su rasgo medular, y aplicable en cualquier ámbito del Derecho en el que tenga lugar, al recalcar que son las partes por sí mismas quienes deben alcanzar el acuerdo, lo cual requerirá, por parte del mediador, además de una determinada formación y dotes personales, actuar con total responsabilidad.³⁰⁸

2.1.7.5. Principio de confidencialidad.

Éste es uno de los pilares principales para el éxito de la mediación y abarca tanto a la mera existencia del procedimiento, como al contenido del mismo, de forma que ni el mediador ni el personal administrativo de apoyo, ni las partes intervinientes, tienen obligación de declarar o aportar documentación referente al procedimiento, según previene el art. 9 LMACM que, sin embargo, contempla algunas excepciones a este principio.³⁰⁹

En el orden penal es especialmente necesario que nada de lo dicho o recogido en el procedimiento de mediación pueda ser empleado por el juez, el fiscal, las partes o sus letrados, en caso de no culminar con un acuerdo. Se trata de una exigencia de la garantía del derecho básico del infractor a su presunción de inocencia. Cabría únicamente el uso de aquellas partes, o el todo del procedimiento, si ambas partes estuvieran de acuerdo en su uso en la vista oral. En cualquier caso, no resulta posible que el mediador fuera llamado en calidad de perito o testigo al juicio. Es un requisito imprescindible, que se puede calificar de *sine qua non* para la viabilidad de la mediación penal.³¹⁰

2.1.7.6.- Principio de flexibilidad.

Este principio se proyecta sobre la estructura operativa de la mediación en todas sus manifestaciones: plazos para practicar las actividades de la mediación, reuniones, entrevistas, y encuentros. Además, resulta imprescindible establecer unos plazos para la suspensión del proceso penal o la prescripción, así como fijar la obligación del mediador de informar periódicamente de la evolución de la mediación. Posteriormente, se verá cómo en los anteproyectos de LECr, ambos fracasados, y en el nuevo en tramitación parlamentaria, se ha

CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012, op.cit.*, p. 176, que durante la tramitación de la ley, y en referencia a la obligación del mediador de revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad, un grupo parlamentario propuso que dicha comunicación habría de hacerse “de manera escrita, formal y expresa”.

³⁰⁸ El rol del mediador es estudiado por CARRETERO MORALES, EMILIANO, “El papel del mediador tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles” AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, op.cit.*, p. 121, que carece de poder de decisión y no puede por ello, de ninguna manera, determinar la solución (como si pueden el árbitro o el juez), ya que son las propias partes quienes decidirán sobre el asunto, radicando, precisamente, en ese poder de disposición, la fuerza de la mediación.

³⁰⁹ En efecto, la LMACM, prevé en su art. 9 a) y b) la siguiente excepción: “a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”. Es obvio que este último requerimiento es impracticable en el orden penal. El artículo señala finalmente las consecuencias del incumplimiento de este deber en su apartado tercero: “La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.”, que podría conducir hasta la inhabilitación para el ejercicio como mediador en posteriores procedimientos.

³¹⁰ El requisito de confidencialidad del procedimiento de mediación es basilar, mantiene DEL RIQUELME HERRERO, MIGUEL PASCUAL, *Mediación penal: marco conceptual y referentes, op.cit.*, p. 30 y ello porque, al margen de los problemas que puede generar su incumplimiento, la sinceridad y la franqueza resultan dos virtudes necesarias para conducir a buen término un procedimiento de mediación, en el que lo más beneficioso es una atmósfera adecuada de comunicación entre las partes.

previsto este régimen temporal. La configuración concreta del procedimiento dependerá de múltiples variables (tipo de delito, sujetos, capacidades comunicativas, tipo de indemnización...) y no puede prefijarse un esquema válido para todos los supuestos. La flexibilidad no significa, en absoluto, ausencia total de formalismo, sino, más bien, adaptabilidad a las circunstancias para conseguir mayor agilidad y personalización, sin llegar a una rigidez tal que lo asemejaría a un juicio y le restaría dinamismo y eficacia.³¹¹

2.1.7.7. Principio de dualidad de posiciones, igualdad y contradicción.

Las partes actúan en el procedimiento en condiciones de igualdad y con garantías de contradicción, pudiendo expresar con libertad sus razones y sus sentimientos. En cuanto a los sujetos intervinientes, cabe incluir a otros que no sean víctima y victimario, pero guarden relación con el conflicto (abogados, asistentes sociales, familiares, amigos...). No siempre resultará necesario que la dualidad se articule por medio de encuentros personales entre las partes, ya que es perfectamente posible que la técnica usada sea la de reuniones privadas con cada una de las partes, lo cual no es óbice para que se puedan expresar individualmente con libertad y concluir en una solución acordada. El mediador, en tales casos, deberá expresar en su informe al juez cuáles han sido, bajo su criterio técnico, las razones por las que el encuentro personal no se ha producido. En muchas ocasiones la propia víctima no deseará dicho encuentro por no revivir el trauma del hecho delictivo.

2.1.7.8. Principio de gratuidad.

Es una consecuencia que se deriva del carácter público del Derecho Penal y del derecho a la tutela judicial efectiva³¹², en el sentido de garantizar el acceso al sistema judicial a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad³¹³. El coste de la mediación redundará en beneficio de la descongestión y de la eficacia de la propia Administración de Justicia. De esta manera, se evitarán dilaciones indebidas y atascos judiciales e, igualmente, supondrá un coadyuvante para

³¹¹ La flexibilidad, aunque en el marco de la mediación penal, se pregunta DEL RIQUELME HERRERO, MIGUEL PASCUAL, *Mediación penal: marco conceptual y referentes*, op.cit., p. 37, debería quizá ser mejor regulada por “instrumentos más versátiles, ágiles y adaptativos” que por textos normativos. No compartimos dicha apreciación puesto que, a nuestro entender, flexibilidad y normatividad no son términos intrínsecamente antagónicos.

³¹² Desde su aspecto jurisprudencial RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*, op.cit. pp. 305-314, tratan la gratuidad de la justicia, estudiado como derecho subjetivo, así como la casuística y problemas que puede generar. La gratuidad es, adicionalmente, una garantía de la ciudadanía de acceso a la justicia, defiende GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el proceso penal*, op.cit. p. 97-98. Hace notar, además, que, desde un punto de vista meramente crematístico, la inversión que necesariamente se tiene que realizar en dotar de medios a los organismos encargados de la mediación, resultará económicamente rentable al descongestionar la administración de justicia.

³¹³ Esta es otra característica que distingue el régimen de la mediación penal respecto a la civil: en efecto, el art. 15.1 LMACM establece que el coste de la mediación se dividirá por partes iguales entre los intervinientes, salvo pacto en contrario, y ello a pesar de que el procedimiento pueda terminar sin acuerdo. Por ello, el mediador podrá exigir a las partes que efectúen una provisión de fondos. Naturalmente, sobre dicho coste habrá previamente que informar a las partes, y dejar constancia del mismo (arts. 17.2 y 19.3 del citado texto legal) sin existir provisión expresa respecto a su gratuidad. Este régimen, sin embargo, no rige en la mayor parte de las regulaciones de las Comunidades Autónomas sobre mediación, que establecen la gratuidad de sus servicios para aquellos que puedan acogerse a los criterios establecidos por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica gratuita, según recoge GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER, “Incidencia de la Ley 5/2012 en los principios básicos del procedimiento de mediación familiar previstos en la legislación autonómica”, AAVV (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op.cit., p. 510-511.

la racionalización del gasto. Adicionalmente, permitirá que la Administración de Justicia pueda centrar sus esfuerzos en causas de gravedad o trascendencia especial. Las Recomendaciones 12º y 13º del “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, presentado por la Comisión Europea COM (2002) 196, el 19 de abril de 2002, indican que la gratuidad de la mediación es un factor esencial a considerar, ya que tiene relación directa con la accesibilidad del ciudadano a la justicia restaurativa.³¹⁴

2.1.8. Breve referencia a técnicas de mediación.

2.1.8.1. Precedentes históricos y elementos característicos.

La mediación ha existido desde la antigüedad como técnica de resolución de conflictos, pero el precedente inmediato que ha desatado su extensión y su pujanza actual, como antes se ha anticipado, se halla en los Estados Unidos, aproximadamente hace medio siglo. En la cultura norteamericana el divorcio era muy habitual y su adopción conllevaba un sinnúmero de problemas jurídicos y personales: en ese contexto surgieron una serie de técnicas para tratar de paliar los efectos psicológicos, emocionales, económicos y jurídicos de las personas involucradas en la ruptura familiar.

Fue pues, en los Estados Unidos donde surgieron las principales sistematizaciones y teorías sobre técnicas de mediación que, sin ánimo de exhaustividad, pueden resumirse en tres³¹⁵: la llamada Escuela de Harvard, o método lineal, por identificar el conflicto como una relación de causalidad, en la que la causa del conflicto es el desacuerdo, y el contexto no resulta determinante para éste. La metodología para su resolución se centra en la búsqueda de las causas del enfrentamiento, y el objetivo buscado es reducir el desacuerdo y conducirlo a una avenencia, que es lo esencial. El siguiente, el método circular narrativo, también llamado de SARA COBB aludiendo a su autora, centra su enfoque, sin embargo, en la comunicación, y contempla el conflicto como un círculo de enfrentamiento que se va retroalimentando. Para salir de él es necesario crear contextos favorables con el objetivo de que las partes reflexionen y mejoren su relación, que es realmente lo sustancial, y no tanto el acuerdo a que lleguen.³¹⁶

³¹⁴ La concepción de la justicia como servicio público ha sido asumida por el Ejecutivo español en fechas recientes (Anteproyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia en 2021, y Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia y Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobadas en el 2022). El concepto de servicio público, de raigambre administrativa, es estudiado por PÉREZ ESTRADA, MIREN JOSUNE, “La justicia ¿un servicio público?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57/2022, poniéndola en conexión con la función jurisdiccional y evidenciando, según su criterio, la incompatibilidad de ambos, pues una cosa es un servicio público, y otra diferente el poder jurisdiccional. En cualquier caso, el espíritu de que están animadas las leyes indicadas es el de la accesibilidad a la Justicia por parte del ciudadano, para lo cual consideramos necesaria la gratuidad. La mediación intrajudicial debe, pues, participar de dicha característica.

³¹⁵ La clasificación antedicha la elabora MARCOS ARANDA, RAFAEL, *La negociación y mediación en conflictos sociales*, *op.cit.*, pág. 109-110. Sobre la misma materia, hace un análisis de los métodos que más éxito han tenido en el ámbito de las técnicas de justicia restaurativa OTERO PARGA, MILAGROS. “Los modelos teóricos de la mediación”, SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS, *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, *op.cit.*, pp. 158-171, tratándose de los siguientes; el modelo de Harvard, el circular normativo, el transformativo, y el llamado tópico.

³¹⁶ Ver a este respecto JACQUELINE N.FONT-GUZMÁN, M.H.A. “Conferencia de grupo familiar de la tribu maorí de Nueva Zelanda y su adaptación a los modelos anglosajones de resolución de conflictos”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, *op.cit.*, pp. 279-291, el análisis que realiza sobre esta técnica en un programa que tenía por objeto que la familia del menor decidiese, mediante este procedimiento, el tipo de protección más adecuado para aquel, estudiando la forma de integrar un mecanismo pensado para otro tipo de cultura en la propia.

Por último, el método transformativo o de BUSH y FOLGER, pone el foco en las relaciones. Su sistema consiste en hacer conscientes a las partes de su propia capacidad de cambiar y transformar los conflictos. Su objetivo no es solucionar el conflicto concreto, sino que las partes cooperen y se reconcilien, llegando al arreglo por añadidura. Lo más importante es que las personas implicadas aprendan a relacionarse y transformen el conflicto, solucionándolo, o aprendiendo a gestionarlo adecuadamente.³¹⁷

Estas distintas perspectivas no son excluyentes entre sí, sino que se centran en algún aspecto concreto de la mediación, tratándose de enfoques complementarios y adaptables, incluso intercambiables. En los procesos de mediación, se pueden identificar tres elementos; proceso de diálogo, existencia de partes y acuerdos reparadores.³¹⁸

El procedimiento de diálogo es una de las diferencias más notables con el sistema de justicia tradicional, donde este elemento es totalmente desconocido.³¹⁹ La víctima puede expresar su vivencia, miedo, angustia y desasosiego y liberar de esa manera parte del mismo, en tanto que el victimario comprende de forma más intensa su comportamiento, y toma conciencia de su responsabilidad. El diálogo no está exento de algunos riesgos, tales como el exceso de protagonismo por parte de los mediadores, la pérdida del efecto disuasorio de la sanción penal por el hecho de que el infractor sienta que con una mera reparación simbólica su delito queda saldado, la existencia de delitos sin víctima concreta³²⁰ (tráfico de drogas, medio ambiente...), que implicaría insertar en el procedimiento mediador ciertas particularidades para que pudiera

³¹⁷ Este método se basa en tratar de interiorizar el autoconocimiento en los participantes del conflicto y que, al mismo tiempo, reconozcan al otro en términos de respeto: sentado lo anterior se obtendrá la herramienta capaz de afrontar conflictos, puesto que cada participante se habrá “transformado” adquiriendo las habilidades necesarias para el diálogo, según desarrolla OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, *40 ideas para la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 103-107. Expone esta técnica FOLGER, JOSEPH, “Purpose driving practice. The ideological foundations of third party practice”, *I Congreso mundial de mediación y V Congreso Nacional de México*, Sonora México 2005. Existe una traducción al español de la obra de estos dos autores, BARUCH BUSH, ROBERT, FOLGER JOSEPH, *La Promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona 2009.

³¹⁸ Así GORDILLO SANTANA, LUIS. *La Justicia restaurativa, op.cit.*, pp. 61-69, identifica estos elementos de diálogo, participación y elementos reparadores, en base a los componentes necesarios, tanto tangibles, como inmateriales, para conducir a una solución al conflicto comúnmente encontrada.

³¹⁹ En el Derecho Penal, lo más parecido a un encuentro entre víctima e infractor, al menos desde su visualización externa, sería la diligencia de investigación denominada “careo” (arts. 451-454, 713 y 729 LECr). Sin embargo, nada más alejado que el espíritu de una y otra institución, ya que mediante el careo se trata de aclarar la divergencia sobre algún hecho controvertido de la investigación, siendo los fines de la mediación absolutamente diferentes. Sobre esta modalidad de prueba trata PELÁEZ PORTALES, DAVID, “La diligencia de careo en el proceso penal español: un apunte histórico”, *Revista de estudios de ciencias políticas y humanidades*, núm. 13/2005. Estudia esta diligencia SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA, “Careo de testigos y procesados: su valor probatorio”, *Revista de Derecho Público, Estudios de Deusto*, núm. 1/1997. La definición que ofrece al respecto pone de manifiesto claramente las diferencias con el diálogo reparador: “ En el ámbito procesal penal, con la referida expresión de “careo” se denomina el enfrentamiento “cara a cara” que tiene lugar entre dos personas (aunque en ocasiones el número se incrementa), para dirimir, en diálogo abierto, las contradicciones a que hayan llegado en sus respectivas declaraciones por medio de razonamientos mutuos que aclaren sus divergencias, al objeto de establecer la verdad de los hechos objeto de la causa”. Otro trabajo, más reciente y que incluye la jurisprudencia sobre este medio de investigación y prueba, VARELA GÓMEZ, BERNARDINO, “El careo en la doctrina y jurisprudencia española”, *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, núm. 9/2020, manteniendo una posición favorable al mismo frente a las reticencias de su uso.

³²⁰ A este respecto, conviene hacer una matización siguiendo a BERISTAIN, ANTONIO, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético, op.cit.*, p. 114. En realidad, todo delito causa varias víctimas. Sostiene BERISTAIN que mientras que la dogmática penal habla, en general, de víctima del delito en singular, la Criminología, sin embargo, entiende que además de la víctima directa existen una u otras indirectas, como entiende también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985.

darse el proceso de diálogo por persona interpuesta, o, finalmente, el riesgo de burocratización en una eventual generalización de este procedimiento.

El segundo elemento común es la participación de los intervinientes. A este respecto, resulta imprescindible la participación del autor del hecho delictivo y su víctima en el procedimiento de mediación, acompañados de una tercera persona, el mediador.³²¹ En algunas técnicas mediadoras puede intervenir también la comunidad por medio de representantes, pero conlleva algunos problemas, como la determinación de qué se entiende como tal, sus posibles criterios valorativos peculiares, la dificultad teórica de la afirmación de que el conflicto pertenece a los implicados, cuando en esta modalidad intervienen terceros no relacionados directamente con el hecho conflictivo, así como el riesgo de pérdida de confidencialidad.

El tercer elemento son los acuerdos reparadores: versan sobre la satisfacción material o moral-simbólica de la víctima, que permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada. La reparación puede ser, en efecto, inmaterial, por medio de petición de disculpas, perdón, explicaciones o tipologías similares, o material, con diversas modalidades identificables por su capacidad de ser evaluables económicamente.

En lo concerniente al procedimiento de mediación en sí mismo, como medio instrumental, la primera apreciación a realizar es que la mediación, por su propia naturaleza, demanda un procedimiento flexible y exento de demasiados formalismos³²². No obstante, se han identificado una serie de fases, que algún autor enumera en siete y que siguen un itinerario lineal³²³: desde una inicial para crear la estructura y generar confianza, pasando por la identificación de los problemas, creación de opciones y alternativas, negociación, creación de un plan, revisión legal y procesamiento, y, finalmente, la puesta en práctica de la misma. El procedimiento exige de las partes durante su desarrollo, buena fe, lealtad al mismo y espíritu de colaboración y apoyo, y al mediador, como se ha indicado, imparcialidad y neutralidad.

2.1.8.2. Fases en su ejecución práctica.

Desde una perspectiva en clave psicológica y no jurídica, y con ánimo de lograr una aproximación básica a este aspecto de la técnica mediadora, se pueden distinguir una serie de fases en el proceso³²⁴. La justificación del apartado viene dada por el hecho de la que la

³²¹ Aunque la labor del mediador nunca debe suponer un poder decisorio sobre la resolución del conflicto, que compete nada más a las partes, advierte CARRETERO MORALES, EMILIANO, “El papel del mediador tras la aprobación de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles” AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op.cit., p. 123, que el sesgo de su actividad puede ser diverso. Así se podría distinguir el mediador evaluativo, con una implicación mayor en el procedimiento buscando el acuerdo, un modelo propio de la Escuela de Harvard, y el mediador facilitativo, que, como su nombre indica, tiene la tarea de hacer más sencillo el fin, y más propio de los modelos transformativos o circular.

³²² La profesora SOLETO MUÑOZ, HELENA. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op.cit., p. 261, predica la flexibilidad esencial del procedimiento, pero considerando necesaria cierta normatividad. Lo difícil, como frecuentemente ocurre en el mundo del Derecho, será encontrar un punto de equilibrio que no cree disfunciones.

³²³ En realidad, las fases del procedimiento que GREIF, JAIME, “Conciliación, mediación, arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia”, *Revista. Uruguay de Derecho Procesal* núm. 1/1995, pp. 51-52, perfeña en su estudio muestran el camino que aquel ha de seguir desde el planteamiento de la cuestión, hasta al hallazgo de la solución al conflicto entre las partes, siendo lo significativo de ellas el proceso de diálogo y la progresiva confianza entre las partes.

³²⁴ Con un carácter genérico, y desde su perspectiva de mediador profesional MARCOS ARANDA, RAFAEL, *La negociación y mediación en conflictos sociales*, op.cit., p. 130-139, elabora un esquema relativo a distintas fases, centrándose en las interacciones

mediación, en su ejecución material, precisa de unas técnicas de contenido psicológico, con destrezas de esta naturaleza, para conseguir su propósito. Mediante estas técnicas se materializa el fuerte contenido comunicacional sobre el que descansa la mediación, y de ahí el interés que suscita estudiar, sucintamente, su ejercicio. En buena medida, tal como para la Justicia su piedra angular es la Justicia, para la mediación lo es la creatividad.³²⁵

Inicialmente, en el desarrollo del procedimiento, se producen unas determinadas interacciones en el campo de la comunicación. La toma de contacto con la persona requirente ha de practicarse de forma sosegada. En este primer encuentro se recaba información sobre aquél y se obra con calma cuidando de la confidencialidad. Ha de ponerse especial cuidado en respetar la voluntariedad de quien requiere la mediación, sin coaccionarlo o sugestionarlo de forma alguna. Además, el encuentro tiene que realizarse en un espacio adecuado. La presentación a la parte requerida se hace con los mismos contenidos que a la requirente, y se traza un plan sobre la forma concreta de acometer la mediación; horarios, plazos, reglas de intervención, honorarios (en el ámbito penal como se ha visto, la gratuidad parece un requisito insoslayable), objetivos, etc... Es importante, en consonancia con la propia caracterización de la mediación, que se requiera a las partes que tomen la iniciativa y propongan soluciones y propuestas. El estímulo a la cooperación es fundamental en esta primera fase.³²⁶ Resulta crucial en este momento analizar debidamente las actitudes hacia el conflicto, porque en buena medida, según sea su componente, el mediador deberá utilizar técnicas diferentes para lograr el éxito del procedimiento.³²⁷

psicológicas y diversas modalidades técnicas de abordar el procedimiento de mediación. Desde esta misma perspectiva psicológica que se interroga sobre las capacidades comunicativas y de orden psicológico del mediador, trata ALCOVER DE LA HERA, CARLOS MARÍA, “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial”, AAVV, (Dir. GONZÁLEZ QUIROGA, MARTA), *Métodos alternativos de solución de conflictos, perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 124-127 otorgando una serie de cualidades ideales al mediador, que serían las idóneas para realizar a la perfección su labor. Un aspecto que no conviene olvidar, el deontológico y ético del mediador, es detallado por OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, *op.cit.*, pp. 217-224. Una monografía sumamente interesante acerca de la realización práctica del procedimiento de mediación, de carácter genérico y escrita con un estilo muy sencillo (en realidad se trata de un manual para un módulo formativo), es la escrita por HERNÁNDEZ MORÁN, EUGENIA, *Gestión de conflictos y proceso de mediación*, Ed. CEP, Madrid 2016.

³²⁵ Así lo afirma GALTUNG, JOHAN, en la monografía elaborada por CONFORTI, FRANCO, *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, *op.cit.*, p. 14. Sobre este particular, es decir, sobre las técnicas de que el mediador se vale para movilizar a los mediados, de contenido emocional, versa el trabajo de MÉNDEZ BARRIO, MARÍA, “La comunicación no verbal y las técnicas activas de la mediación”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, Coord. TORRADO TARRÍO, CRISTINA), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid 2013, pp. 101-123. Tras contextualizar el surgimiento de las técnicas de ADR la autora PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*, *op.cit.*, (Cap. II, apartado I), alude, tomando la idea de COBB, a que aquéllas, comparándolas con las formalidades del proceso, se basan, sobre todo, en habilidades de comunicación más próximas a las artes o artesanías que a la técnica. En un interesante libro, pleno de ideas atractivas y sugerentes, y varias veces citado en este trabajo, el juez MEJÍAS GÓMEZ, JUAN FRANCISCO, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, *El Derecho*, Madrid 2009, pp. 67-70, elabora una idea atractiva: las técnicas comunicacionales y los modos de actuación propios de la mediación deberían impregnar la forma de actuar de los juzgados. De esta forma, el buen trato a los ciudadanos, la empatía con víctimas, profesionales, testigos, funcionarios, y el respeto a su dimensión humana, facilitarían la propia labor jurisdiccional.

³²⁶ Resulta básico a este aspecto, un enfoque que reúna, según la profesora de Psicología Social FUENTES LAPONNI, SILVINA, “Comunicación: emociones y poder”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, *op.cit.*, pp. 180-196, un reforzamiento de la colaboración para crear un clima en que no se plantee la disyuntiva de ganar o perder, en el que se fomente la responsabilidad compartida y la cooperación. Es necesario, según la autora, ser asertivo, pero respetuoso a la hora de manifestar las razones y sentimientos de cada cual, y, fundamentalmente, no obviar el conflicto sino tomar consciencia de él, darle valor.

³²⁷ Normalmente las actitudes ante el conflicto, elemento que tendrá suma importancia en un eventual diálogo entre las partes enfrentadas, suelen ser siempre negativas, según pone de manifiesto ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, RAMÓN. “La dinámica del conflicto”, AAVV (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, *op.cit.* pp. 50-60.

A esta etapa inicial le sucede la evaluación. Durante esta fase se deben sintetizar los puntos de vista, explicarlos, y tratar de encontrar áreas de acuerdo. Sobre estos datos reflexionará el mediador e irá diseñando su estrategia. El contenido socio-emocional más intenso viene a continuación por medio del uso de técnicas propiciadoras de una comunicación fluida entre las partes. Existen variedad de herramientas para conseguir dicho objetivo. Con ánimo ejemplificativo, y sin buscar exhaustividad, cabe citar algunas de estas técnicas. La técnica de escritura es una de ellas, y se usa con el propósito de que las partes racionalicen, al poner por escrito, sus impresiones y consideraciones y vayan así atemperando su emotividad mediante la reflexión, a modo de terapia. La escritura es más racional que el habla, y se presta a conseguir mejor el efecto reflexivo: dentro de esta técnica los cuestionarios permiten que las partes vayan ordenando sus ideas y encontrando soluciones comunes.

La técnica denominada “cartografía del conflicto” tiene por objeto que las partes identifiquen el problema y lo comprendan de forma lógica y racional, restándole emotividad, utilizando símiles geográficos en el dibujo para tal fin. Se puede utilizar también el juego como herramienta de la mediación, abordando las más variadas facetas, por ejemplo, el cambio de roles de las partes en un juego puede ser una técnica que consiga un entendimiento mutuo más fructífero. Los ejemplos constituyen otro medio de conseguir mejoras en la relación de las partes. Se trata, en este caso, de reflexionar de forma indirecta en el problema propio, y evitar al mismo tiempo dar consejos de forma directa, de esta manera, se consigue un efecto más intenso y eficaz que haciéndolo de forma intrusiva con una recomendación o un intento de orientar una actuación.

La terapia psicológica puede venir indicada cuando por diversas circunstancias la persona se encuentra en una situación de bloqueo que le imposibilita tomar ninguna iniciativa. Otra de las herramientas de la justicia restauradora son las llamadas “terapias de conversación” que ofrecen a la víctima ocasión de ser escuchada y valorada con el consiguiente valor terapéutico, mucho más eficaz en esta faceta que el que ofrecen los tribunales.³²⁸

Tras las fases precedentes, y en caso de éxito de la mediación, procede la redacción del acuerdo. Es el mediador quien debe redactar y firmar éste, recogiendo sus términos de manera que sean lo más claros posibles. Deberá, además, explicárselos a las partes en caso de que éstas tengan baja capacidad lectora. Es conveniente empezar a redactar los acuerdos menos problemáticos, para crear una buena dinámica que empuje el resto. Una vez firmado por las partes, deberá existir un seguimiento del mismo según un plan, sobre el que eventualmente se podrán efectuar modificaciones.

2.1.8.3 Fases del procedimiento en la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La LMACM ha regulado las fases del procedimiento cuya exposición consideramos de interés para este trabajo. La razón de ello es ponerlas en conexión con las fases de su ejecución práctica precedentemente vistas: además, el art. 144.1 BCPP 2013, sobre el que

³²⁸ La terapia de conversación supone un impulso a la comunicación señala SANDRA WALKLATE, “¿Justicia restaurativa ¿terapia y/o reconciliación?”, DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ, *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, op.cit. p. 108.

profundizaremos más adelante, realizaba una remisión a un importante número de artículos de esta ley determinando que le serían aplicables, entre ellas las fases procedimentales.³²⁹ La ley prevé un *iter* lógico y respetuoso con los principios de la mediación, que comienza con una fase de solicitud (art. 16 LMACM). El procedimiento puede iniciarse por solicitud de común acuerdo entre las partes, incluyendo “la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones”, o por una solamente si existe previamente un pacto de sometimiento a mediación entre ellas. Posteriormente sobreviene la fase de información (art. 17 LMACM) consistente en una o varias sesiones para tal menester. De esta forma, una vez recibida la solicitud, tiene lugar una sesión informativa. Si alguna de las partes no asiste de forma injustificada, se tendrá por desistida la mediación. En dicha sesión el mediador informará a las partes de eventuales causas que pudieran afectar a su imparcialidad, de su experiencia, su cualificación, y demás características de la mediación, entre ellas “las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar”. A continuación, se produce la sesión constitutiva (art. 19 LMACM). En ella las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de una serie de extremos que el artículo desarrolla en siete números.³³⁰ El procedimiento tiene una duración determinada y se desarrolla conforme a unos principios prefijados (arts. 20 y 21 LMACM). Respecto a la duración, la Ley establece una indicación de carácter general al señalar que “será lo más breve posible”, pero sin fijar un plazo máximo, queriendo conjugar así la celeridad del procedimiento con su necesaria adaptabilidad. El desarrollo del procedimiento, que viene enunciado también con generalidad, establece que “(...) el mediador dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado”. La ejecución de la negociación tiene un sesgo muy distinto de aquel mercantilista o de regateo, sino que pretende que se desenvuelva con otro tipo de espíritu.³³¹ El procedimiento puede finalizar (art. 22 LMACM) con o sin acuerdo, bien por no avenencia de las partes, abandono, agotamiento del plazo que las partes se dieron para alcanzar un acuerdo, o bien porque el mediador, de forma justificada, considere que las posiciones son irreconciliables, o porque concorra alguna otra causa que determine su conclusión. El procedimiento se cerrará con un acta que “reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa”. Finalmente, se entregará un ejemplar original de la misma a cada parte. Especial importancia tiene el acuerdo de mediación que constituye una pieza clave del procedimiento de mediación, y que puede acabar, como se ha dicho, sin acuerdo. En este último caso, se levanta un acta para dejar constancia de la inexistencia de aquél, y por consiguiente queda abierta la puerta para ejercitar otras eventuales

³²⁹ En efecto, el art. 144.1 BCPP 2013 regulaba la mediación institucionalizada o profesional, manifestando: “A la mediación penal realizada en instituciones de mediación o por profesionales de la mediación serán aplicables las normas establecidas en los arts. 6.1, 6.3, 7, 8, 10.1, 10.3, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.”

³³⁰ El art. 19 LMACM enumera un listado de datos que han de reseñarse en esta sesión constitutiva tales como identificaciones, designación del mediador, el objeto controvertido, el programa y su duración máxima, los gastos que generará el procedimiento, la constancia de la voluntariedad y asunción de las obligaciones derivadas de la mediación y el lugar y lengua de celebración de aquella. De la sesión constitutiva se levantará un acta.

³³¹ La mediación, en alguna medida, sobrepasa su dimensión de herramienta y requiere otro tipo de actuación, sostiene SOLETO MUÑOZ, HELENA, “Negociación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op.cit., pp. 197-198, debiendo apartarse de una visión mercantilista de obtención del máximo beneficio posible, que podríamos denominar de “regateo”, interesada solo en llegar al acuerdo sin más consideraciones, incidiendo, por el contrario, en el elemento de cooperación y diálogo.

vías. El acuerdo debe recoger un contenido determinado (art. 23 LMACM) que incluya menciones tales como, la identidad, domicilio de las partes, lugar, fecha, obligaciones que cada parte asume, identidad del mediador o institución mediadora en su caso, así como la afirmación de que se han respetado todas las previsiones de la ley. Las partes o sus representantes deberán, además, estampar sus firmas en el documento.

2.1.9. Ventajas, inconvenientes y problemas de la mediación penal.

Prima facie un riesgo que se observa respecto a la mediación penal es la falta de tradición previa, ni inmediata, en el sistema procesal penal. Otra observación inicial es que, salvo en los delitos privados, en el resto existen intereses que conciernen a la sociedad. El conflicto penal interesa a la sociedad, por tanto, no debería quedar a disposición de las partes. Lo contrario podría suponer una privatización o despenalización de ciertos supuestos, conculcando el principio de igualdad; la opción por la vía alternativa o por la jurisdiccional, podría arrojar resultados diferentes. A la falta de tradición aludida, se suma la carencia de conciencia social sobre sus beneficios, según algún autor, en parte, herencia de nuestro pasado reciente.³³²

La mediación ha sido criticada por entender que se basa en la “deslegalización, la desjudicialización y la desjuridificación”.³³³ La deslegalización vendría motivada porque la ley pasa a un segundo plano frente al diálogo, la comunicación y la discusión. La desjudicialización porque el procedimiento no tiene necesariamente que pasar por un juez, y la desjuridificación porque el acuerdo logrado no debe obligatoriamente que ceñirse a una solución normativa. Sin embargo, la mediación no es un mecanismo deslegalizado. Al contrario, debe ser un sistema reglado, regulado por la ley penal y procesal, que definirá su ámbito de aplicación, su inserción en el proceso penal, y el mantenimiento de las garantías sustantivas y procesales, así como el valor jurídico otorgado al acuerdo obtenido. Tampoco debe ser un modelo desjudicializado, toda vez que el órgano judicial debe servir de garantía y vigilar el procedimiento de mediación, su desarrollo, sus garantías y sus efectos, dando cumplimiento al principio de oficialidad. Por último, tampoco la mediación debe ser ajena al Derecho, sino que ha de encontrarse legislada e inserta en el ordenamiento jurídico.

Las críticas contra la justicia restaurativa se centran, sustancialmente, en torno a la idea de su inserción en el proceso penal. Su inserción en éste puede originar riesgos que es preciso evitar para que aquella resulte satisfactoria. Se han argumentado los siguientes riesgos de la mediación penal (así como se han efectuado las contrargumentaciones).³³⁴

³³² Durante el franquismo mucha gente confundió moral y Derecho, recuerdan ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL, HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR); la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Laboratorio de Alternativas*, núm. 110/2007, pero con la democracia existe una concepción muy rígida de separación de ambas disciplinas, por lo que existe cierta desconfianza hacia la justicia restaurativa puesto que tiene un componente ético indudable.

³³³ En este sentido ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL, HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR); la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *op.cit.*

³³⁴ Privatización, deslegalización, desjudicialización, desigualdades, incapacidad para servir a cualquier tipo de delito, han sido identificados como algunos de los riesgos que puede acarrear la mediación penal según ALONSO SALGADO, CRISTINA, *La mediación en el proceso penal op.cit.*, pp. 186-199.

2.1.9.1. Riesgo de privatización, deslegalización y desjudicialización del conflicto penal.

Se ha criticado a la justicia restaurativa como incompatible con principios constitucionales básicos, en especial con las manifestaciones del *ius puniendi* y de sus consiguientes monopolios: el estatal, el jurisdiccional y el procesal. Ahora bien, la indisponibilidad del *ius puniendi* es matizable a la vista de institutos como la conformidad, o la existencia de aquellos delitos perseguibles solo a instancia de la parte ofendida.

Las opiniones contrarias arguyen que algunas garantías propias del proceso tales como la seguridad jurídica, la igualdad de trato, y la no discriminación, podrían quedar vulneradas. En particular, el principio de igualdad, toda vez que el eventual riesgo de discrecionalidad podría aumentar con la mediación penal.

Estas críticas no tienen, sin embargo, en cuenta que el procedimiento de mediación sería intrajudicial por lo que el órgano jurisdiccional realizaría una función de fiscalización sobre todos los elementos de la mediación y evitaría que pudieran producirse las situaciones señaladas. El hecho de que fuera intrajudicial soslayaría también el riesgo de privatización: la derivación se produciría por resolución judicial, y con el visto bueno del Ministerio Fiscal, siendo el procedimiento vigilado por éstos. Los jueces y tribunales controlarían el procedimiento, garantizando los derechos procesales de las partes y la presunción de inocencia.³³⁵

Por otra parte, los asuntos derivables a mediación estarían previamente prefijados, así como el desarrollo del mismo normativizado, y sus consecuencias jurídicas recogidas en sentencias motivadas o archivos también motivados. Sin embargo, para algunos autores el riesgo de privatización está claro, y es, más que una consecuencia, un problema de raíz.³³⁶

Ligado también a esta idea, se alude, de forma crítica, al hecho de que la mediación penal puede suponer una suerte de “justicia blanda”, en relación al procedimiento penal clásico. Ahora bien, no hay que suponer que el acuerdo a que lleguen las partes pueda tener un contenido cualquiera libérrimamente acordado por ellas: está sometido a la fiscalización del juez y el fiscal, y examinado a la luz de los principios de proporcionalidad y legalidad, por lo que, en sí, no tiene porqué suponer un tratamiento menos severo que el del sistema ordinario.

³³⁵ SANDE MAYO, JESÚS, “Mediación penal versus presunción de inocencia”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, Coord. TORRADO TARRÍO, CRISTINA), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, *op.cit.*, pp. 241-244, recoge las garantías que el ordenamiento ha previsto para evitar la posible interferencia de la mediación en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y que, sucintamente, pueden resumirse en la voluntariedad, la confidencialidad de lo tratado en el curso de la mediación, y la prohibición de utilizar al mediador como testigo.

³³⁶ De esa opinión es el profesor CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal” *op.cit.*, que considera que en la noción de conflicto que maneja el paradigma de la justicia restaurativa, aquél pertenece a los que intervienen en él, lo que supone una privatización evidente, y por más que se trata de un plano material de conflicto, lo cierto es que contradice el principio básico de legalidad penal. El fenómeno de proclamar el acceso a la jurisdicción de todos los ciudadanos, observa la profesora italiana SILVESTRI ELISABETTA, “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 37/2000, pp. 47-55 (traducción ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO) pero al mismo tiempo fomentar las formas de justicia restaurativa para liberar de trabajo al sistema judicial, es común en todos los países occidentales, produciéndose, manifiesta, una suerte de esquizofrenia. Apunta a que el Estado incluso constriñe a acudir a dichas vías antes de acceder a la jurisdicción: en nuestro país el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante, ALMEP) sigue ese mismo camino.

Se ha criticado también la eventual desjudificación que acarrearía la mediación penal³³⁷, en el sentido de que el debate jurídico, su análisis, la jurisprudencia, y, en suma, la forma jurídica de razonar, queda sustituida por mecanismos de tipo psicológico. Se reprocha en este sentido, además, que las vías alternativas pueden tener un marcado carácter localista, ya que, a diferencia de la jurisdicción, el criterio unificador y de unidad interpretativa quedan postergados. A pesar de ello, el foco de atención no debería ponerse tanto en el método, como en el objetivo de conseguir un acuerdo reparador que alcance mejor la paz social.³³⁸ Cabe añadir, también, que aspectos donde difícilmente llegaría el proceso, son más abordables desde este mecanismo, entre ellos el llamado derecho a la verdad.³³⁹

2.1.9.2. Diferencias derivadas de la capacidad económica del infractor.

En la medida que infractores con capacidad económica podrían acceder a la mediación penal, a diferencia de los insolventes, podría producirse una evidente desigualdad.³⁴⁰ En muchas ocasiones, no obstante, aun considerando que la restitución económica supone la más habitual, la satisfacción a la víctima se consigue con contenidos no de esa naturaleza sino simbólicos o morales. La crítica olvida, además, la perspectiva resocializadora y pacificadora que posee la mediación, posiblemente más relevante que la mera satisfacción económica. Se argumenta, y no sin razón puesto que el riesgo es evidente si la praxis no es correcta, que existe el riesgo de que la justicia restaurativa se convierta tan solo en justicia que busca la compensación económica; si así fuere el delincuente que dispusiera de mayor capacidad económica estaría en mejor condición de usar la justicia restaurativa que otro sin ella.³⁴¹

³³⁷ El recientemente fallecido jurista argentino MAIER, JULIO, “La víctima y el sistema penal”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 12/1991, pp. 31-52, tratando la posición cada vez más relevante de la víctima en el proceso, analiza los problemas que tal condición puede crear refiriéndose, en primer término, a la eventual privatización de la justicia, un escenario en que la reparación sustituiría a la pena, y la composición privada al proceso penal. Así como el desarrollo histórico del proceso penal había conseguido una fórmula de compromiso en que el Estado ejercita el *ius puniendi* pero la víctima tiene una participación materializada en la reparación indemnizatoria civil, nuevas tendencias como el abolicionismo, o incluso posturas menos radicales, pretenden primar la reparación sobre la pena. El peligro que el autor argentino advierte es que, en este diseño, la sociedad perjudicada también por la infracción criminal y con intereses legítimos en su persecución, queda fuera. La consecuencia derivada, e inquietante, de tal situación sería que el Derecho penal quedaría al albur de presiones privadas donde el más poderoso tendría ventaja, precisamente, un problema que la aparición del Derecho penal quiso evitar.

³³⁸ En un pequeño libro, concebido desde la experiencia profesional de un magistrado y provisto de abundantes ejemplos de primera mano en relación con la mediación, MEJÍAS GÓMEZ, JUAN FRANCISCO, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, *op.cit.*, pp. 121-125, tras insistir en su tesis de que la mediación es la forma más cumplida de satisfacer la tutela judicial efectiva, manifiesta que a la misma conclusión llegó la asociación GEMME (grupo europeo de magistrados por la mediación). Así, en el punto cuarto del congreso celebrado en Valencia del 15 al 17 de noviembre de 2007, se puede leer la misma conclusión: el grupo de magistrados entendió que la mediación era idónea para lograr dicho objetivo, en particular, entre los colectivos más indefensos ante el delito. En el mismo trabajo resulta interesante leer las supuestas desventajas de la mediación que va desgranando (hasta el número de 33), de forma sintética y ágil, refutando cada una de ellas en base a su propia experiencia profesional (pp. 47-56).

³³⁹ El derecho a la verdad, razonan RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS, OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, “Justicia restaurativa y mediación en Postulados para su abordaje de concepto y finalidad”, *Revista de Mediación*, núm. 8/2011, pp. 10-19, forma parte de la reparación debida, en la medida que es un requisito básico para que las partes puedan crear un relato común sobre el que encontrar una solución al conflicto, la verdad material de lo acontecido y no solo la verdad material y oficial que determina el proceso.

³⁴⁰ El principio de igualdad (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE) conlleva, entre otras cosas, la aplicación igualitaria de la ley a los ciudadanos: la justicia restaurativa, según GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ, JOSÉ AGUSTÍN, “La mediación en las causas penales y la protección de los principios y garantías constitucionales”, AAVV, (Dir. IGLESIAS CANLE, INÉS), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 62-63, no supone ninguna vulneración a este principio, pues no ha de ser interpretado inflexiblemente debiendo ponerse el acento en la reinserción del infractor y en la satisfacción de la víctima.

³⁴¹ Resulta indudable que un infractor solvente, o con apariencia de serlo, será más atractivo a la vista de su víctima para tratar de encontrar una solución al conflicto. No siempre la víctima pretende un mero resarcimiento económico, pero, no conviene engañarse,

2.1.9.3. Inadecuación del procedimiento de mediación para todo tipo de delitos.

Esta crítica establece que la justicia restaurativa es sólo válida para delitos de poca entidad, puesto que en otros se produce un notorio desequilibrio entre las partes. Aunque la crítica es más que razonable³⁴² hay que tener en cuenta que una de las funciones del mediador profesional es discernir si se dan las condiciones en un supuesto concreto, en particular la igualdad entre partes, para poder acometer el procedimiento, por lo que no cabría apodícticamente desechar mediaciones penales en tal sentido. Incluso hay quien ha hecho ver que un uso exclusivo de la medición penal para delitos de poca consideración, al suponer un mínimo esfuerzo de reparación para el infractor, banalizaría y desvirtuaría su función de restituir verdaderamente a la víctima y responsabilizar al delincuente.³⁴³

Es verdad pues, que la mediación no es siempre aplicable a cualquier supuesto³⁴⁴, pero lo decisivo para determinarlo deberían ser las condiciones subjetivas de voluntariedad e igualdad de las partes, más que un listado de delitos en los que no se puede llevar a cabo la mediación. Incluso, ámbitos donde parecería radicalmente imposibles, como delitos de terrorismo, no han sido ajenos a experiencias mediadoras.³⁴⁵

2.1.9.4. La mediación puede suponer para el victimario una humillación.

Esta crítica, que creemos contempla un supuesto un tanto forzado, se hace desde la consideración de que la víctima, para ser vindicada, debe ver la aplicación del castigo sobre su

la mayoría de las veces sí. La diferencia de capacidad económica del infractor se podría convertir así en un elemento de desigualdad de primera magnitud para poder acceder en las mismas condiciones a la mediación.

³⁴² Particularmente en cierto tipo de delitos de fortísimo impacto psicológico para la víctima y que la incapacita para poder tomar parte en un procedimiento de mediación con su agresor.

³⁴³ De esta opinión son ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL, HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *op.cit.*

³⁴⁴ Realmente no solo a cualquier delito, sino también en relación al grado de desarrollo del mismo: la profesora ALONSO SALGADO, CRISTINA, *La mediación en el proceso penal, op.cit.*, pp. 151-153, analiza el caso de los delitos en grado de tentativa y la problemática que presentan respecto a la mediación penal.

³⁴⁵ El magistrado de la Audiencia Nacional, SÁEZ VALCARCEL, RAMÓN, “Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 8/2011, pp. 70-125 refiere los encuentros de un condenado de ETA que manifestó su disposición a encontrarse con los familiares de la víctima que había asesinado, o los de la hija de Aldo Moro, político democristiano italiano, con los asesinos de su padre, y episodios similares de víctimas del IRA, realizando una serie de reflexiones valiosas sobre el perdón, el arrepentimiento, el olvido, la memoria, la verdad y la justicia en torno a delitos tan execrables como los terroristas. Reflexiona sobre la mediación en la fase de ejecución por delitos terroristas la profesora BARONA VILAR, SILVIA, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. I, *op.cit.*, pp. 191-229. Las autoras DÍAZ PADILLA, MARTHA VANESA, LEOMELÍ BARRAGÁN, MARTHA NASHILEY, DÍAZ ESPARZA, MARÍA ALEJANDRA, “Solución pacífica de conflictos: perspectiva desde la mediación penitenciaria” AAVV, (Dir. MAFFIOLETTI CELEDÓN, FRANCISCO), *Psicología jurídica. Derechos humanos y Derecho Penal*, Bogotá Ediciones, Bogotá 2019, pp. 240-270, describen, en un estudio riguroso, las dinámicas mediadoras en el contexto penitenciario mexicano en orden a solucionar los múltiples conflictos que surgen en el ambiente carcelario. Concluyen afirmando el éxito de la mediación, con sus luces y sus sombras, en términos de mejora de la reinserción social, de la conducta, de la comunicación, y de potenciación de habilidades para cuando los penados alcancen la libertad. Incluso, hay quien ha propuesto la aplicación de la mediación en los centros de internamiento de extranjeros en los conflictos de relación, como ha sugerido DE PAREDES GALLARDO, CARLA, “La mediación penal: especial atención a los extranjeros”, *Revista de mediación*, núm. 1/2015, pp. 50-60.

victimario. No cabe olvidar, a pesar de ello, que la mediación es voluntaria, que entre las funciones del mediador está la de evitar este eventual riesgo, y que, en cualquier caso, se han previsto cautelas, caso de la jurisdicción de menores, en que el acuerdo conseguido debe ser ratificado por el Juez y el fiscal, previo informe del Equipo Técnico, considerando siempre, además, que la participación en el procedimiento es voluntaria. En otro orden de cosas, la interiorización del arrepentimiento y el perdón es una cuestión de moralidad interna que no parece exigible, aunque, evidentemente, es conveniente.³⁴⁶

2.1.9.5. La mediación puede suponer la extensión de la red de control social (*net widening*).

La crítica apunta a la posibilidad de que el acceso a la mediación, lejos de detener el uso creciente de la justicia, lo extendería por medio de este mecanismo.³⁴⁷ Lo cierto es que los programas de mediación penal implantados actualmente no son alternativa a penas privativas de libertad, sino a la suspensión del proceso o la remisión condicional de la condena. Además, se dice, resulta caro porque multiplica *ad infinitum* los mediadores y las redes de mediación, y en países en que tiene gran desarrollo, como EE.UU. y Canadá, por ejemplo, sus resultados son más que dudosos, ya que no parece constatarse una disminución apreciable de la delincuencia y en particular de la violencia.³⁴⁸

2.1.9.6. La mediación penal obstaculiza y perturba los fines del Derecho penal y de la pena.

La prevención especial y general pueden resultar dañadas por la aplicación de la mediación penal según algunas críticas, pero en realidad, la mediación incide más profundamente en la asunción de responsabilidad, reconocimiento y satisfacción a la víctima, por parte del infractor, evitando en mayor medida la reincidencia³⁴⁹. Se ha objetado, también,

³⁴⁶ La jurisprudencia ha acogido la idea expresada. Estudiando la atenuante de reparación del daño, art. 21.5 CP, estimó que “no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al reconocimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales cos se dará una reparación simbólica, que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos” STS, 6 octubre de 1998 (VLEX 17715451).

³⁴⁷ La profesora SILVESTRI, ELISABETTA, “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 37/2000, pp. 47-55 (traducción ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO), al tratar la influencia que en Italia tienen las técnicas de justicia restaurativa provenientes de los Estados Unidos, hace un interesante análisis de la historia de las alternativas al proceso en el contexto de este último país -de una impronta fuertemente pragmática-, deteniéndose, en particular, en el negocio organizado en torno a la justicia restaurativa. En los EEUU, se han desarrollado en este contexto potentes asociaciones que trabajan en este campo, tales como la *American Arbitration Association*, o la *Judicial Arbitration and Mediation Services*, que han diversificado sus servicios especializándose en determinadas materias litigiosas. La autora define de “florecente industria” a quienes prestan estos servicios.

³⁴⁸ La visión de un relativo fracaso de esta técnica, desde el punto de vista expresado, es puesta de manifiesto por DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La justicia restaurativa penal”, *La Ley penal*, núm. 73/2010.

³⁴⁹ La virtud de la reparación e incluso su ventaja sobre la pena, ha sido puesta a la vista por MAIER, JULIO, “La víctima y el sistema penal”, *op.cit.*, manifestando: “Desde el punto de vista preventivo especial, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de suponer los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social).” En una monografía sobre la justicia restaurativa, escrita en un tono amable y cercano, y concerniente a la justicia juvenil, CALVO SOLER, RAÚL, *Justicia juvenil y prácticas restaurativas: trazos para el diseño de programas para su implementación*, Ned Ediciones, Barcelona 2018, pp. 198-205, expone veinte ideas o retos sobre el éxito de los espacios restaurativos. Todas ellas son dignas de mención, pero la que afirma que la justicia restaurativa no es una respuesta de segundo orden, condensa, en alguna medida, las demás (pp. 202-203). También en el ámbito la justicia juvenil, GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “Los derechos de las víctimas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *La Ley Penal*, núm. 154/2022, enumera las ventajas, tanto para el infractor como para la víctima, que ofrecen las soluciones

que la mediación penal desdibuja la fuerza intimidatoria del Derecho penal. Sobre este particular es de notar que la posibilidad de proseguir el procedimiento penal estará presente en la mediación puesto que, por su carácter voluntario, podrá ser abandonada, prácticamente, en cualquier momento, y, por consiguiente, la compulsión de un posible juicio y su eventual condena, estarán presente en todo momento en el infractor.

2.1.9.7. Posible interferencia con la política criminal del Estado.

La crítica se plantea al considerar que las respuestas dadas al delito por la mediación penal van a ser sumamente heterogéneas lo que, indudablemente, perturba la política criminal del Gobierno al darse respuestas diferentes para delitos similares. Dicho argumento puede ser rebatido: no hay dos hechos delictivos idénticos, como no existen dos infractores idénticos. La flexibilidad de la mediación penal es precisamente una cualidad ideal para adecuar la solución al conflicto a las circunstancias cambiantes, sin dejar de presentar una igualdad sustancial para todos los casos. Además, está en mano del Gobierno excluir los delitos que considere de la mediación penal.

2.1.9.8. Mediación como perspectiva individualista y peligro de abuso de la víctima o manipulación de ésta.

Se critica el supuesto olvido de los fines sociales que tiene el Derecho penal en favor de una visión individualista del conflicto penal. Ahora bien, buscar una solución individual no significa que los fines sociales del que persigue el Derecho penal no se cumplan, pueden hacerlo, incluso, de forma más satisfactoria. Una crítica muy plausible advierte sobre la posible mediatización de la víctima sometida a un procedimiento de mediación pues quedaría más desprotegida en el curso del proceso penal frente al victimario. De hecho, es esta precisamente la razón por la cual la mediación está proscrita en los delitos de violencia contra la mujer. Determinar la existencia o no de la necesaria voluntariedad e igualdad de las partes, el equilibrio emocional o las condiciones subjetivas precisas para ello, es labor del mediador, que debe garantizar que el riesgo, cierto pero evitable, de manipulación no se produzca. Por otra parte, hay quien alude al riesgo de una posición egoísta o de abuso por parte de la víctima que haga depender el acuerdo de sus pretensiones económicas desproporcionadas. A este respecto es labor del mediador evitar que tales presiones se produzcan. Contemplando el principio de proporcionalidad en una mediación reglada se evitaría, por otra parte, dicho problema.³⁵⁰

2.1.9.9. Mercantilización del conflicto.

Se ha hablado de “mercantilización” de la mediación penal, por subyacer muchas veces una vindicación de tipo económico que puede condicionar el procedimiento. Se trata de una de las críticas más recurrentes. Según la misma lo determinante del acuerdo es la indemnización de

negociadas: asunción de los hechos y responsabilización para el infractor, que la víctima se sienta escuchada, y, para el sistema penal, la reposición la paz social, y, finalmente, para la comunidad al acercarla a la justicia.

³⁵⁰ Resulta, a este respecto, de interés la previsión que realizaba el art. 110 BCPP 2013 mediante un mecanismo denominado “incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena”, y que pretendía, precisamente, evitar abusos de la víctima (personada mediante acusación particular o mediando acusación popular) para malograr una conformidad razonable. Si el fiscal consideraba que la conformidad era procedente, podía acudir al Tribunal junto con la defensa del acusado para conseguir que la propuesta fuera homologada por éste, tras el examen de las argumentaciones del Ministerio Fiscal, sustancialmente, la irrazonabilidad de la postura de la acusación por ser temeraria, contraria a la ley, o injusta.

la que se hace depender aquél. A este respecto cabría responder con dos argumentaciones: la primera, que no siempre el acuerdo reparador consiste en un contenido económico, sino que éste puede ser de tipo simbólico o inmaterial y, por otra parte, y esto resulta sustantivo, que el proceso por el cual se llega al acuerdo reparador hace que el infractor interiorice de una forma mucho más intensa las consecuencias de su comportamiento, evitando con más éxito su reiteración delictiva, algo que trasciende el mero interés económico. Desde esta consideración ha habido quien critica la participación de la víctima en ciertas fases procesales.³⁵¹

2.1.10. Experiencias y regulación de la mediación penal en el derecho comparado.

2.1.10.1 Naciones Unidas.

La vía del diálogo para la resolución de conflictos jurídicos por medio de mecanismos alternativos, como la mediación, se ha impuesto en el contexto internacional y ha sido amparada e impulsada por organismos internacionales tales como la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) o la UE.

La normativa de la primera organización internacional citada en que se recogen mecanismos de justicia restaurativa es abundante. Se pueden citar algunas de las más significativas comenzando con la *Carta de los derechos humanos, de 26 de junio de 1945*, Capítulo VI, art. 33. En este instrumento se contempla para la resolución de controversias “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos a su elección”.³⁵² En la misma línea se pronuncia la *Convención de 10 diciembre de 1984, sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, que en su artículo 14 recoge: “todo estado velará porque su legislación garantice a la víctima la reparación y el derecho a una indemnización justa.”³⁵³ También en la *Resolución 16 del séptimo Congreso de la ONU de 1985* y las *Reglas mínimas sobre medidas privativas de libertad o reglas de Tokio, aprobadas por la resolución 45/110, de 1990*, contemplan “la restitución como una medida no privativa de libertad”, e instan a que los intereses de la víctima sean tenidos en consideración para dictar sentencia. Igualmente, la *Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, párrafo quinto que dice: “se establecerán y reforzarán mecanismos judiciales y administrativos que

³⁵¹ Las voces más críticas con la justicia restaurativa, expone GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, op.cit., pp. 65-68, inciden en que lo nuclear del acuerdo reparatorio reside en la indemnización económica, una suerte de “privatización” de la justicia penal. El riesgo, mantiene la autora, existe, si bien se postula desde una visión reduccionista de la justicia restaurativa. Para conjurarlo, prosigue la profesora, se impone utilizar el principio de proporcionalidad y la mediación reglada que evite abusos y fraudes.

³⁵² La Carta de los Derechos Humanos es estudiada, como precedente de la Declaración de aquellos, por ORAÁ ORAÁ, JAIME, GÓMEZ ISA, FELIPE, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao 2018, pp. 35-41. Asimismo, los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU son analizados por BARRERO TAPIAS, JOSÉ RICARDO, *Entre la esperanza y el temor: análisis descriptivo de la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1946-1948*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2014, pp. 11-19 y 162-180, analizando el contexto organizativo e ideológico que precedió a la declaración de aquellos. En el mismo ámbito, trata sobre sus principios básicos DURÁN Y LALAGUNA, PALOMA, “Principios informadores de la declaración: vigencia”, AAVV, (Coords. BARTLETT CAPELLA, ENRIC, BADAJÍ GÁLVEZ, MARÍA DOLORES), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos cumple 60 años*, Bosch, Barcelona 2011, pp. 19-39.

³⁵³ La Convención contra la Tortura es analizada con detalle por MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO, “La Convención contra la Tortura”, AAVV, (Dirs. GÓMEZ ISA, FELIPE, PUREZA, JOSÉ MANUEL), *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao 2004, pp. 243-279. Una visión más amplia sobre la regulación internacional contra la tortura, que incluye la propia de la ONU, es recogida por PINO GAMERO, ESTHER, *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2017, pp. 47-60.

permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean rápidos, justos, poco costosos, y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante estos mecanismos (...) se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluida la mediación, a fin de facilitar la conciliación y reparación en favor de las víctimas.”

Culmina esta regulación sobre los mecanismos de la justicia restaurativa, la *Resolución 26/1999, de 28 de julio, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, sobre el desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de la justicia restaurativa en la justicia criminal*.

Siguiéndoles, ya en los comienzos del siglo XX, destacamos los siguientes instrumentos:

- *Resolución 14/2000, de 27 de julio, en relación a los principios básicos del uso de la justicia restaurativa en los procesos criminales.*
- *Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 7 de enero de 2002, sobre la reforma del sistema de Justicia penal: logro de la eficacia y la equidad, refiriéndose a los Principios básicos en el uso de la justicia restaurativa y programas en materia criminal de 2000, dictados por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.*
- *Estándares y normas para la prevención del crimen y la justicia criminal, dictados por la Comisión de Prevención del Crimen y la Justicia Criminal, de 18 de abril de 2002, sobre principios básicos sobre el uso de los programas de Justicia restaurativa en los procesos criminales.*
- *Resolución 2002/44 sobre derecho a restitución, indemnización, y readaptación de graves violaciones de Derechos Humanos y libertades fundamentales.*

2.1.10.2. UE: normativa sobre la justicia restaurativa.

En el ámbito de la UE, la incorporación de normas relativas a la mediación penal ha venido sucediéndose ininterrumpidamente desde las últimas décadas del siglo XX.³⁵⁴ Entre ellas cabe reseñar las siguientes:

- *Resolución (76) 10, de 9 de marzo 1976, sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad.*
- CEDH de 1950, en donde se contempla la mediación como una garantía más.³⁵⁵

³⁵⁴ La influencia del modelo de oportunidad propio del derecho norteamericano ha influido, y sigue haciéndolo, de forma poderosa en Europa y Latinoamérica. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *La justicia penal, legalidad y oportunidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 31-51, hace un repaso muy instructivo por áreas geográficas europeas y otras zonas del mundo sobre cómo se ha ido introduciendo aquel principio en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

³⁵⁵ Sobre la génesis y posterior desarrollo de este instrumento fundamental escribe LÓPEZ GUERRA, LUIS, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 17-19. El art. 6 CEDH regula el derecho a un juicio equitativo. Su campo de actuación comprende derechos y obligaciones de carácter civil y, naturalmente, materia penal. Las garantías que despliega el juicio justo son analizadas por CASADEVALL MEDRANO, JOSEP, *El*

- *Recomendación n° R (87) 20, sobre las reacciones sociales frente a la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987.*
- *Recomendación número R (83) 7, de 23 de junio de 1983, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales tendentes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad.³⁵⁶*
- *Recomendación n° R (85) 11, de 28 junio 1985, relativa a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y del Derecho Penal.³⁵⁷*
- *Recomendación n° R (87) 18, relativa a la simplificación de la justicia penal, en especial en lo relativo a la oportunidad del procedimiento.³⁵⁸*
- *Recomendación n° R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, que incide en la conveniencia de implementar técnicas de justicia restaurativa expresando sus beneficios.³⁵⁹*

En la década de los 90 prosiguió la normativización de la justicia restaurativa con los siguientes instrumentos;

- *Recomendación n° R (92) 16, de 19 de octubre, sobre reglas europeas de sanciones y medidas en la comunidad.³⁶⁰*
- *Recomendación n° R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, concerniente a la mediación en materia penal.³⁶¹*

Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pp. 236-314, debiendo respetarlos el procedimiento de mediación.

³⁵⁶ La Recomendación n° R (83) 7, de 23 de junio de 1983, trata de lograr por parte de estados miembros que éstos faciliten la indemnización a la víctima, siendo así una medida de sustitución de la pena privativa de libertad.

³⁵⁷ Esta Recomendación partía de la constatación de que el sistema penal prescindía de la víctima, expone ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español*, IVAP, Oñati 2014, pp. 255-257, y resultaba preciso que fuese tenida en cuenta en el curso de aquél -insistiendo sobre todo en la información-, en particular respecto a la no persecución del delito, respetando su dignidad y sus derechos.

³⁵⁸ Esta Recomendación recogía el principio de oportunidad como herramienta para la intervención mínima por parte de los estados. Su objetivo era que en asuntos de delincuencia menor se evitase, en lo posible, la intervención judicial, y se sustituyese ésta por acuerdos reparadores entre delincuente y víctima.

³⁵⁹ Estudia esta Recomendación con detalle ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español, op.cit.*, pp. 257-261. La Recomendación incluía un conjunto de medidas para favorecer a las víctimas y, entre ellas, la previsión de impulsar la mediación penal entre éstas y el infractor.

³⁶⁰ La Recomendación n° R (92) 16, de 19 de octubre, pone el acento en la asunción de responsabilidad de los delincuentes por los hechos por ellos cometidos, proponiendo un conjunto de medidas para ello. El Capítulo IV del instrumento trata de la cooperación y consentimiento del infractor. Es en la Regla 30 donde se incide en la idea de que la imposición de la pena o medida debe tener como objetivo la concienciación del infractor para desarrollar su responsabilidad, debiendo siempre ser su participación informada y voluntaria y, lo que resulta fundamental, sin merma alguna de sus derechos. La Recomendación puede consultarse en idioma inglés en el siguiente enlace: <https://rm.coe.int/16804d5ec6>.

³⁶¹ Esta Recomendación pretendía establecer un conjunto de normas que sirviesen de referencia a los estados miembros para aplicar de forma justa y efectiva las sanciones y medidas. Para ello era preciso lograr un adecuado equilibrio entre el derecho de la sociedad a aplicar el orden legal, el del delincuente a recibir un trato adecuado a sus necesidades y a sus derechos fundamentales, y el de la víctima a que se les repare el daño causado. Para esta Recomendación la víctima es una figura clave. Entiende que debe tener protagonismo en las decisiones que le conciernen, poder dialogar con el infractor y obtener una compensación de éste. Para ello la mediación se muestra como el medio idóneo: con la ayuda de un tercero imparcial, fluye un diálogo libremente elegido, en el que ambos encuentran la solución al problema generado con el delito. La Recomendación insta a los estados miembros a que los Servicios de Mediación sean accesibles con carácter general, así como a que desarrollen una legislación proclive a la misma que defina sus contenidos y propósitos.

Esta última tiene una especial relevancia pues sitúa la Justicia Restaurativa en la perspectiva de los derechos humanos de todas las partes involucradas en el hecho delictivo, incluida la comunidad. Esta Recomendación resalta también el papel principal de la víctima en el procedimiento para que sea resarcida, sin olvidar al infractor para facilitar su reinserción y rehabilitación.

En el ámbito del Parlamento y Consejo de la UE, destaca la *Decisión Marco del Consejo de la UE relativa al Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo del 2001*, y más significativamente, como se estudiará a fondo dada su relevancia en otra parte del presente trabajo, la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2012, sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos* que sustituye a la anterior.

2.1.10.3. Justicia restaurativa y mediación penal en países del *Common Law*.

2.10.3.1. Estados Unidos.

Es en este país donde la mediación penal ha tenido un mayor desarrollo, habiendo sido creadas por la propia sociedad civil muchas de sus modalidades.³⁶² En este sentido colectivos como la *Association for Victim-Offender Mediation*, han tenido un papel decisivo, recibiendo además el apoyo institucional. La configuración federal de los EEUU en materia penal facilitó que las técnicas de justicia restaurativa se pudieran implementar en los estados miembros con facilidad, al corresponder a cada estado miembro el grueso de la materia penal.³⁶³ Sin embargo, por el contrario, dicha configuración federal ha propiciado la existencia de múltiples expresiones de justicia restaurativa con manifestaciones, en todos los órdenes (subjetivos, objetivos, financieros, institucionales, normativos...) sumamente heterogéneas, lo cual dificulta su sistematización y estudio. No existe una sola ley federal o estatal que regule todos los ámbitos de la mediación, encontrándonos con múltiples leyes, normas de todo tipo, protocolos y prácticas consolidadas. Un esfuerzo compilador lo acometió la *Uniform Mediation Act* de 2001, condensando unos principios esenciales sobre la mediación que pudieran servir de modelo a los estados. En ella se recogen las características propias de aquella: voluntariedad, confidencialidad, e imparcialidad del mediador.

³⁶² Los orígenes de la Justicia Restaurativa, explica GORDILLO SANTANA, LUIS, *La Justicia restaurativa, op.cit.*, p. 264, se ubican precisamente en EEUU y se remontan a los años 60 y 70. El primer estado donde se plantearon por primera vez fue Minnesota, teniendo allí lugar los iniciales contactos entre víctima y victimario. En 1978 el sistema se materializó en el programa *Prisoner and Community Together*, de inspiración menonita, a semejanza de Canadá, y su aplicación fue ampliándose con iniciativas judiciales y policiales durante la década de los 80.

³⁶³ Examina la gran extensión de los programas de mediación y su uso profuso en EEUU, de forma muy prolija, BELTRÁN MONOTOLIU, ANA, "Modelo de mediación en los Estados Unidos de América", AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, pp. 53-84. En gran medida, señala, el uso de este instrumento viene de derivaciones del sistema judicial. En dicha investigación, el autor, igualmente, trata sobre los ADR en Estados Unidos. La profesora BARONA VILAR, SILVIA, "La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo?", AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, pp. 31-60, pergeña un análisis con proyección de futuro en relación con las técnicas de ADR, que, en un tiempo próximo, y de mano de la irrupción de la tecnología informática, impregnará toda la actividad mediadora. Una visión acerca del sistema organizativo judicial norteamericano la realiza GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, *Introducción al Derecho Norteamericano, op.cit.*, pp. 70-73.

El origen de las ADR en Norteamérica se remonta los años sesenta del pasado siglo. En aquel contexto tuvo un papel relevante el profesor de la universidad de Harvard Frank Sander, que en sus trabajos puso de manifiesto la insatisfacción social por el defectuoso funcionamiento del aparato judicial que no daba abasto con el número de asuntos a despachar. El citado profesor creó y desarrolló el concepto de “*multi-door Courthouse*” o tribunales multi-puertas: se trataba de un esquema, según el cual los tribunales ofrecían a los que acudían a ellos, en función de las características del conflicto, diversas propuestas o vías de resolución (mediación, arbitraje, conciliación...). Todas ellas tenían en común centrarse fundamentalmente en resolver el conflicto, la vinculación de los programas a los tribunales -estando administrados por éstos-, y resultados muy satisfactorios según valoración de sus usuarios. Este modelo volvía, paradójicamente, a poner el foco de atención en la víctima, tal como ocurría en las formas tradicionales y autóctonas para solventar conflictos: se buscaba así recobrar la paz social rota por el delito, poniendo en contacto víctima, infractor y comunidad en una intervención común. Paralelamente, entre los años 60 y 90 del siglo XX, se dio un fuerte aumento de la criminalidad y, por consiguiente, de la población reclusa, sin que, por el contrario, disminuyese el número de delitos. Ante esta situación, uno de los primeros intentos en la citada línea fue el proyecto *Prisoners and Community together*, de inspiración religiosa menonita. Comenzaron también a prodigarse trabajos académicos en la misma dirección, creando una atmósfera muy proclive al impulso de la justicia restaurativa.

Como quiera que las primeras experiencias tuvieran éxito (programas experimentales en las *Superior Court* de Whashington D.C., Tulsa, Oklahoma, y Houston, Texas) se extendieron después por todo el país. El Poder político, ante esta gran pujanza del movimiento restaurativo, lo asumió como propio y, tanto a nivel federal como estatal, comenzó a desarrollarlo mediante innovaciones legislativas. Una de las más significativas fue la aprobación por el Legislativo federal de la *Civil Justice Reform Act* (CJRA) de 1990, cuyo principal objetivo era reducir los altos costes de la Administración de Justicia, pero que entre las propuestas para ello incluía el uso de técnicas ADR. La *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 siguió la senda de promoción de la justicia restaurativa, así como posteriores iniciativas gubernamentales y exhortaciones del Congreso en favor del uso de estas herramientas por los Tribunales Federales. En la actualidad casi todos los estados disponen de programas ADR, pero de manera muy heterogénea y con implantación diversa: así, algunos se enmarcan en el tribunal y otros son ajenos a éstos, en otros casos los supuestos de derivación son distintos, o lo son sus objetivos, técnicas aplicativas, habilitación legal o por mera práctica, o su financiación.³⁶⁴

El número de programas de mediación en los EEUU es grande. De entre los iniciales pueden citarse el *New Castle Country Criminal mediation program* de Delaware, y el *District of Columbia United States Attorney's Office's Mediation Program*, del año 2000 y relativo al ámbito de menores. Asimismo, muchos estados han adoptado códigos o procedimientos al respecto, en particular en materia de delincuencia juvenil. A la aplicación de los mismos ha contribuido la institución del *plea bargaining*, institución de la justicia negociada en que el fiscal y el acusado alcanzan una conformidad, en especial, en delitos de poca gravedad, que, tras la aprobación por parte del juez, supone el sobreseimiento del caso. Este instrumento negociador, amplísimamente usado, creó una cultura del diálogo que sirvió de base más tarde para construir estos mecanismos de medición en los que aquel es la herramienta fundamental. El

³⁶⁴ Este origen, evolución y desarrollo actual es tratado por PÉREZ MARTÍNEZ, ROSA, *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, pp. 41-54.

ámbito de los asuntos sometidos a mediación es el propio de los delitos menores, preferentemente, en aquellos donde no se ha producido violencia, ni aquellos contra la libertad sexual. Se trata normalmente de delitos contra el patrimonio, casi siempre en la esfera de la delincuencia juvenil, aunque, paulatinamente, se van extendiendo a la Justicia de adultos, fenómeno que observamos en todos los ordenamientos jurídicos donde se ha implementado la justicia restaurativa. También el ámbito objetivo de aplicación de la mediación ha ido progresivamente aumentando en EEUU: inicialmente comprendía tan solo la delincuencia menor, a pesar de que en el país no existe ninguna limitación expresa, pero ha ido ampliándose a delitos más graves. Incluso delitos de violencia de género, graves o violentos entran en su ámbito de aplicación, en parte por la petición, por chocante que parezca, de los propios victimarios.³⁶⁵

2.1.10.3.2. Gran Bretaña y Nueva Zelanda.

El informe del magistrado Lord Wolf del año 1996, sobre la reforma del sistema de justicia civil, se suele considerar el punto de partida de la justicia restaurativa en Inglaterra.³⁶⁶ En él animaba al uso de las técnicas ADR como un modo de agilizar la justicia en aquella jurisdicción, pero, como se indicaba, las primeras experiencias tuvieron lugar en varios tribunales ingleses a finales de los años 90 del pasado siglo. En el seno de algunos juzgados se instauraron entonces programas experimentales de mediación que resultaron exitosos. En 1999 el ámbito civil se produjo una gran reforma procesal que introdujo vías para acelerar el proceso animando a los usuarios de la justicia al uso de técnicas ADR, con el propósito de disminuir costes y evitar retrasos. Se preveía que el juez civil pudiera suspender el curso del proceso para que las partes acudieran a mediación. En los siguientes años se crearon programas de mediación conexos a los tribunales, hasta nueve protocolos en función de diferentes áreas de actividad. Visto el éxito de estos proyectos, el *Department for Constitutional Affaire* lanzó diversas iniciativas de fomento en los tribunales de técnicas ADR que se fueron implementando en varias partes de Inglaterra y Gales, siendo los más significativos el *Central London Country Court*, en el que se derivan una serie de asuntos civiles y mercantiles a mediación -incluso al azar-, y el Tribunal de Justicia Civil de Birmingham.³⁶⁷

En la jurisdicción penal fue en el ámbito de la justicia juvenil donde se desarrollaron las primeras experiencias de justicia reparadora en Gran Bretaña³⁶⁸, centrándose en evitar la

³⁶⁵ BELTRÁN MONOTOLIÚ, ANA, “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile, op.cit.*, p. 71. En todo caso, dichas mediaciones han de ser tomadas con suma cautela y garantizar siempre que no exista desequilibrio de fuerzas entre víctima e infractor. La mentalidad anglosajona, poco dogmática, no desecha *a priori* delito alguno como susceptible de mediación y considera que cada caso debe ser examinado individualmente para ver si reúne las condiciones adecuadas.

³⁶⁶ Hay que matizar que la presente exposición hace referencia únicamente a Inglaterra y Gales, dadas las características del régimen constitucional y del ordenamiento jurídico del Reino Unido, donde coexisten otros sistemas de justicia restaurativa.

³⁶⁷ Describe estos precedentes PÉREZ MARTELL, ROSA, *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, pp. 66-71.

³⁶⁸ Da cuenta de las experiencias llevadas a cabo en la justicia de menores en el país británico MONTESINOS GARCÍA, ANA, “La mediación penal en Inglaterra y Gales”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile, op.cit.*, pp. 103-107, centrándose en dos instrumentos normativos de este ámbito de vital importancia: *Crime and Disorder Act* de 1998, y *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999. Otro estudio más sintético y que se enfoca en

acusación penal a jóvenes transformándola en programas de cooperación. El primero de los programas tuvo lugar, en el área de la delincuencia juvenil, en Exeter en 1979, y durante la posterior década se extendieron por el resto del país con participación institucional. Normalmente las experiencias de justicia restaurativa se han vehiculado por medio de las llamadas *Restorative Conferencing*, con participación de múltiples intervinientes, y las *Restorative Cautioning*, ubicadas en el entorno policial. Las primeras experiencia-piloto fueron luego extendiéndose por Inglaterra y Gales a otras zonas en torno a los años 80 de siglo XX. A mediados de esa década el Gobierno consideró que las técnicas ADR resultaban beneficiosas, financiando con dinero público diversos programas en torno a los tribunales de Justicia, no solo en el ámbito criminal, sino también en los civiles, sobre todo, relativos a asuntos de familia. Incluso previó la condena en costas para quien se negase a pasar por un programa previo de mediación en el área civil. El sistema judicial inglés comenzó, pues, a asumir dicho paradigma restaurativo aunque caracterizándose por una gran diversidad en cuanto a agentes implicados (Policía, Servicios de libertad condicional, servicios sociales, prisiones, servicios municipales...) y variedad de momentos aplicativos (antes, durante y después del procedimiento). En relación al ámbito de aplicación se puede éste identificar con el de los EEUU ya que, aunque también en Inglaterra y Gales el nicho normal de la mediación es la justicia de bagatela, nada obsta para que se medien también delitos de consideración, sin exclusiones iniciales y sujeta su aplicación a la idoneidad del caso concreto. Tan solo se ha vetado expresamente en casos de reincidencia en la justicia juvenil.

La materia se normativizó por medio de las *Crime and Disorder Act* de 1998, y la *Youth and Criminal Evidence Act* de 1999. La mediación se desplegó durante la década de los 90 a la justicia de adultos, existiendo múltiples programas, y siendo, actualmente, una práctica generalizada, pero sin respaldo normativo, por lo que se generan problemas aplicativos de los programas.³⁶⁹ El sistema penal contempla la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la indemnización a través de la llamada *Compensation Order*, pero constando como antecedente penal.

Una particularidad de la mediación inglesa, caso de los programas de Coventry y Leeds, es la de carácter indirecto, sin confrontar a las partes físicamente, y no solamente para hechos delictivos graves, derivada, tal vez, del carácter poco comunicativo característico de los ingleses.

En el caso neozelandés, hay quien lo muestra como ejemplo avanzado en mediación.³⁷⁰ Su entorno principal es la Justicia de menores, donde un alto porcentaje de asuntos de toda índole se deriva a grupos de discusión familiar, conforme a la *The Children, Young Persons, and Their Families Act*, de 1989 (CYPTFA), quedando sustraídos a los jueces. Se trataba de una

los aprendizajes a extraer del sistema de justicia pena de menores en el Reino Unido efectúa FERNÁNDEZ MOLINA, ESTHER, *Entre la educación y el castigo, un análisis de la justicia de menores, op.cit.*, pp. 374-398.

³⁶⁹ En un estudio que maneja bastantes elementos empíricos HOYLE, CAROLYN, FONSECA ROSENBLATT, FERNANDA, "La justicia restaurativa en Reino Unido: repitiendo los errores del pasado", AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas, op.cit.*, pp. 173-200, trazan un panorama bastante negativo de la justicia restaurativa en el Reino Unido. A pesar de los esfuerzos públicos, los resultados son exiguos y se puede concluir que la justicia restaurativa no tiene arraigo a pesar de su gran potencial y de estar bien valorada por la ciudadanía.

³⁷⁰ Para el autor GORDILLO SANTANA, LUIS, *La Justicia restaurativa, op.cit.*, p. 270, "posiblemente el modelo neozelandés de Justicia Restaurativa sea el más avanzado del mundo".

ley novedosa que procuraba evitar los efectos adversos de los procesos judiciales, en particular, la estigmatización de los jóvenes y la posibilidad de reincidencia. En virtud de la ley se recurría a la autonomía y responsabilidad de las familias y comunidades, para que éstas, con preferencia a los mediadores profesionales, participasen en la toma de decisiones sobre el menor, y en la medida de lo posible, se tomasen en consideración las opiniones de éste.

Es característico del sistema neozelandés un mecanismo de participación que se articula a través de las *Family Group Conference*, conferencias de grupo familiar³⁷¹. Hace referencia a un grupo constituido por miembros de la familia del infractor, incluida a veces de la familia de la víctima, el abogado del victimario, y un representante de la Policía.

2.1.10.4. Justicia restaurativa y mediación penal en países del *Civil Law*.

A continuación, se examinarán los sistemas judiciales en algunos países del ámbito continental europeo elegidos por su relevancia e influencia, con el propósito de obtener una idea general de la situación respecto a la justicia restaurativa. En general, el uso de estos mecanismos es escaso, en casi todos los países de la UE, si bien es cierto que entre ellos existen notables diferencias.³⁷²

2.1.10.4.1. Alemania.

Ante la insatisfacción que producía el sistema penal tradicional en relación con la rehabilitación del delincuente, propósito perseguido por la Ley de Instrucción penal de 1975 *Strafvollzugsgesetz*, en los años 80 comenzó a discutirse en torno a la justicia restaurativa en Alemania.³⁷³ Fue, igualmente, en la Justicia de menores donde las ideas restaurativas tuvieron su primera manifestación en el país germano, potenciándose las medidas alternativas, y restringiendo al máximo las de privación de libertad o de carácter más coercitivo para las conductas más graves. El marco normativo de la mediación en la justicia de menores se recoge en los arts. 45 y 47 de la Ley de Justicia Juvenil, haciéndola posible entre víctima y victimario, y ello porque el juez y el fiscal deben considerar, antes de ejercer la acusación o establecer el

³⁷¹ En un trabajo, a modo de prontuario o diccionario, REVELLES CARRASCO, MARÍA, *Vademécum de justicia restaurativa y mediación penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 36-38, ofrece el concepto de conferencia, catalogándolo como “la manifestación más intensa y personal de la justicia restaurativa”, con implicación de la comunidad, además de la persona ofendida. Sobre el mismo concepto realiza un análisis VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, *op.cit.*, pp. 65-72. Hay ámbitos conflictuales donde este concreto medio resulta particularmente propicio, caso del acoso escolar, ver PÉREZ FANDIÑO, IÑAKI, “La mediación y las conferencias como herramienta de resolución de conflictos ante la fenomenología del bullying”, AAVV, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ), *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, *op.cit.*, pp. 462-464.

³⁷² Un estudio estadístico al respecto por ZATO ETCHEVARRÍA, MARÍA, “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea”, *Revista de Mediación*, núm. 1/2015.

³⁷³ Un estudio exhaustivo y muy circunstanciado del régimen de la mediación en Alemania, que incluye la discusión de la doctrina de ese país al respecto, lo desarrolla BARONA VILAR, SILVIA, “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*. *op.cit.*, pp. 235-287. En la parte introductoria del mismo, aborda, en efecto, el importante debate doctrinal surgido en el país germano tras la irrupción de la justicia restaurativa, (pp. 237-243) centrada en cuestiones como si era posible aceptar la reparación a la víctima como fin de la intervención del Derecho Penal. La postura apoyada más extendida entiende que no es posible, afirma BARONA, siéndolo la prevención, pero sí resulta posible que ayude a conseguir los fines de la pena y que, incluso, sirva para moderar esta o sustituirla. En una reciente obra, ROIG TORRES, MARGARITA, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los modelos alemán y portugués”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *Meditaciones sobre mediación*, *op.cit.*, pp. 503-530, da cuenta de los modelos existentes en dichos países.

castigo de cárcel, medidas de carácter informal en interés de los menores. En el ámbito penal de adultos, también, se ha extendido la mediación: la legislación recoge no sólo el derecho de las víctimas a ser resarcidas, sino también la necesidad de que el victimario se reconcilie con ellas, teniendo en consideración la reparación del daño para la determinación de la condena.

Respecto a la mediación, denominada en Alemania con el término *Täter-Opfer-Ausgleich*, cuya traducción es “Autor-Víctima-Compensación” -una denominación polémica-³⁷⁴, la Ley Procesal alemana (en adelante, StPO) prevé, en sus arts. 153 y 153 a), el archivo de la causa, sometido o no, a posterior condición. Por otra parte, el art. 155 a) encomienda al Tribunal y al fiscal ³⁷⁵ explorar las vías de compensación existentes en el procedimiento, para que las partes alcancen una composición, constanding la voluntad del afectado. El art. 136, que regula el primer interrogatorio del investigado, establece la obligación de informarle de la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación. Igualmente, su art. 46 a), prevé los efectos de la conciliación y de la reparación sobre el proceso penal para delitos que lleven aparejada pena privativa de libertad hasta un año o multa de hasta 360 días. Las consecuencias del acuerdo pueden ir desde el archivo de la causa, la renuncia del fiscal a ejercitar la acción o la atenuación de la condena. Para la toma de la decisión es fundamental evaluar la entidad de la reparación, que ha de ser total o al menos sustancial, o el esfuerzo en tal sentido efectuado por parte del infractor que también ha de ser trascendente, dándose por tanto una gran relevancia a este elemento intencional. La reparación no tiene por qué ser de carácter económico.

Por otra parte, el art. 153b StPO permite que el Ministerio Fiscal no ejercite la acción penal o suspender el proceso bajo determinadas circunstancias, así como el art.153a StPO autoriza el archivo sujeto a condiciones, entre las que se contemplan modalidades de la justicia restaurativa.³⁷⁶ Otra manifestación del espíritu de ésta se encuentra en el art. 380 StPO que regula una serie de delitos en los que, como requisito previo para el ejercicio de la acción penal por el perjudicado, se exige conciliación previa ante una autoridad estatal. Otra modalidad de inaplicación de la pena es la recogida en el art. 56.1 y 2 StGB, Código Penal: entre los criterios a considerar para tomar tal decisión, el tribunal valorará los esfuerzos para reparar el daño causado. A pesar, no obstante, de los empeños por parte de las Administraciones públicas en Alemania del fomento de la justicia restaurativa, ésta está teniendo un desarrollo más bien mediocre.³⁷⁷

³⁷⁴ La denominación usada en Alemania para designar la justicia restaurativa, por cuestiones terminológicas y conceptuales que analiza BARONA VILAR, SILVIA, “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile. op.cit.*, pp. 256-259, no se corresponde con la anglosajona de ADR, ya que la doctrina del país considera que la identificación es impropcedente.

³⁷⁵ Estadísticamente, la inmensa mayoría de mediaciones, explica CATALINA BENAVENTE, MARÍA ANGELES, “Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania”, *Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 3/2014, surgen por propuesta de la Fiscalía y se desarrollan en Centros de Mediación que dependen de los Estados Federales que determinan si los ofrecen centros públicos o privados, coordinados por una oficina central.

³⁷⁶ Sobre la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal alemán, PERRON, WALTER, “Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso en Alemania”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 64-77. En la página 66, de forma muy ilustrativa, aparece un esquema de las posibilidades de decisión final del fiscal ante la infracción criminal.

³⁷⁷ Dicha circunstancia es atribuida por BARONA VILAR, SILVIA, “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile. op.cit.*, pp. 285-287, a la falta de la debida promoción entre los operadores jurídicos de la justicia restaurativa.

2.1.10.4.2. Austria.

También la idea de la mediación surge en Austria al socaire de las discusiones en torno a un nuevo modelo de justicia juvenil, en torno a los años 80 del pasado siglo.³⁷⁸ Habiéndose, tras el debate, apostado por la mediación, se otorgó al Ministerio Fiscal un amplio margen para archivar procesos, así como vías de desviación con mecanismos restaurativos extrajudiciales, incluso, extendidos a la criminalidad media y grave, salvo una serie de delitos excluidos de tal ámbito. La derivación se efectúa a una agencia estatal, la *Verein für Bewährungshilfe und Soziale Arbeit (VBSA)* (Asociación de Servicio de Libertad y Trabajo Social), financiada por el Ministerio de Justicia, pero con autonomía funcional, que podría, en su caso, contactar con la víctima -aunque el procedimiento se puede llevar a cabo también en delitos sin víctima concreta o anónima-. En la justicia penal de adultos también se encuentra prevista la mediación.³⁷⁹

El art.167 del Código Penal austriaco contempla una amplia serie de delitos no susceptibles de acción penal por parte del Ministerio Fiscal en caso de el infractor haya procedido a reparar el daño causado, o se comprometa contractualmente a repararlo, reactivándose la responsabilidad penal en caso de que el aquel no cumpliera su obligación. La figura de la condonación de la punibilidad por medio de la reparación, se encuentra prevista en la legislación procesal austriaca, de modo que la punibilidad del hecho delictivo queda desactivada con la reparación del daño: dicha posibilidad se ciñe a delitos de tipo patrimonial sin uso de violencia, incluso a los castigados con una pena elevada.

2.1.10.4.3. Francia.

En el país galo se ha querido datar el origen del movimiento de justicia restaurativa a principios de los años 80 del siglo XX.³⁸⁰ En esas fechas, un grupo de magistrados, preocupados por el malestar de la población de barrios marginales en los que existía una fuerte delincuencia y que perturbaba notablemente la convivencia, promovió las primeras experiencias de justicia restaurativa. Éstas se materializaron en diversos contextos, muy heterogéneos: mediación social, judicial, y, sobre todo, mediación delegada.³⁸¹

³⁷⁸ GORDILLO SANTANA, LUIS FERNANDO, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, op.cit., pp. 273-278.

³⁷⁹ Un artículo en alemán de KINDEL, DIETER, “Die Entwicklung von Diversion bzw. Mediationsverfahren im Strafverfahren in Österreich insbesondere im statistischen Vergleich in den Jahren 2008-2018”, *Miskolci Jogi Szemle (Miskolc Law Review)*, núm. 14/2019, (El desarrollo de la derivación a mediación en procesos penales en Austria, especialmente en términos estadísticos 2008-2018), ofrece tablas estadísticas en la que se observa la evolución en los últimos años. En opinión del autor esta modalidad supone un enriquecimiento claro del sistema penal.

Accesible online en: https://www.mjsz.uni-miskolc.hu/files/6576/4_kindeldieterg_t%C3%B6rdelt.pdf

³⁸⁰ En este punto seguimos, fundamentalmente, la exposición citada a continuación, que, como todos los trabajos que hemos tenido el gusto de leer de este profesor, está redactada con un estilo pulcro, sistemático, y preciso: ver ETXEBERRIA GURIDI, FRANCISCO, “El modelo francés de mediación penal”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, op.cit., pp. 181-230.

³⁸¹ Entre las modalidades aplicativas se distinguieron las practicadas en el entorno judicial, denominadas “retenidas” por cuanto quedaban en manos del fiscal, magistrado en el ordenamiento francés, y las “delegadas”, practicadas por otros organismos, aunque controladas por el aparato judicial. En este sentido realiza un magnífico análisis de diversas experiencias SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológico. Del presente francés al futuro español*, op.cit., pp. 191-215.

La habilitación legal invocada para la derivación residía en el principio de oportunidad, no recogido explícitamente en la legislación francesa, pero que se deduce del tenor del art. 40 del *Code de Procédure Pénale*, ya que éste establece que el fiscal recoge las denuncias y “decide qué seguimiento ha de darles”. Fue la Ley núm. 93-2, de 4 de enero de 1993, la que incorporó la mediación penal en el ordenamiento francés, dejando ésta en manos del fiscal y siempre con la avenencia de las partes.³⁸²

El fiscal podía o bien ejercitar la acción penal, o bien no hacerlo, pero resultó que, en la práctica y ante un trabajo desbordante, se producían innumerables archivos no siempre de autor desconocido. Ello provocó el desconcierto de las víctimas y, en la población general, una pésima imagen de la Justicia, por lo que el Legislativo trató de restringir su uso mediante la Ley núm. 2004-204, aunque mantuvo la vigencia del principio de oportunidad. Se estableció así la previsión de que, si el fiscal archivaba una denuncia, la víctima pudiese recurrir la decisión ante el Jefe de aquél, así como la posibilidad de constituirse en parte civil.

El art. 40.1 del *Code de Procédure Pénale* estableció, pues, tres posibilidades de actuación con las denuncias recibidas: archivarlas, perseguirlas, o elegir un procedimiento alternativo al proceso (en diversas modalidades, tales como: reparación de daños, alejamientos, asistencia a cursos, estancias en centros sanitarios etc...). Hay que notar que desde su implementación la mediación fue usada de forma creciente. El *Code de Procédure Pénale* no indica las características de la mediación, haciéndolo una “Nota orientadora del Ministerio de Justicia” que define las características tradicionales de la mediación (destacando sus elementos participativos, y ubicándola en el entorno de la Administración de Justicia, y en el ámbito objetivo de la delincuencia menor). Sus objetivos los cifra la citada Ley núm. 93-2, de 4 de enero de 1993, en tres (no acumulativos): la reparación del perjuicio causado a la víctima, poner fin a la perturbación producida por el delito, y/o contribuir a la reinserción del autor.

Como se ha visto, es requisito para poder iniciar la derivación a mediación que el procedimiento no se encuentre incoado (excepción en la jurisdicción de menores, donde es posible en cualquier fase), y, por supuesto, el consentimiento informado, consciente y libre de las partes. El ámbito objetivo no está prefijado de forma expresa, pero la tradición y la Nota Informativa de 1992 del Ministerio al respecto, la ubican en la delincuencia menor. Los criterios concretos de derivación son variados, según las distintas fiscalías. En general, se puede afirmar que resultará procedente en las infracciones en que el ejercicio de la acción penal puede resultar excesivo, pero su archivo inapropiado. Su uso suele ser habitual en conflictos familiares (relacionales, alimentos, custodias, e incluso en casos de violencia).

El ámbito subjetivo comprende a infractor y víctima, MF (*Procureur de la République*), figura fundamental pues es quien toma la decisión de derivar y es el eje del modelo, y el mediador. Respecto a este último, el Decreto 96-305, de 10 de abril de 1996, especificó algunas de las cualidades que debía reunir, pudiendo tratarse de un funcionario de la Policía Judicial, o un delegado o mediador del fiscal (persona física o jurídica), pero es el art. R15-33-31 *Code de Procédure Pénale*, el que especifica los requisitos de aquél: no ejercer funciones jurisdiccionales, carecer de antecedentes penales, ausencia de parentesco, limitación de edad a

³⁸² En el ámbito de la justicia de menores esta posibilidad existía desde tiempo atrás. La Ordenanza núm. 45-174, de 2 de febrero de 1945, preveía ya una nueva medida consistente en “actividad de ayuda o reparación”.

los 75 años, y, lo más importante, ofrecer garantías de imparcialidad, independencia y competencia. La presencia de abogado durante el procedimiento de mediación no está prohibida, pero ofrece luces y sombras: por una parte, sería perturbador para el desarrollo de las sesiones, centradas en los mediados y mediador en un clima de confidencialidad, pero, por otra parte, es evidente que la mediación ha de contar con un nivel de garantías similares al procedimiento penal y el abogado es parte sustancial de ellas.

2.1.10.4.4. Bélgica.

Siguiendo la tónica general del resto de los ordenamientos jurídicos, también en Bélgica las primeras experiencias de justicia restaurativa se llevaron a cabo en el la jurisdicción de menores y vinieron propiciadas por movimientos sociales. Estas experiencias pronto se trasarían a la legislación juvenil en la Ley de Protección de Menores de 1965 y, de ahí, se extendió a la jurisdicción de adultos.

La ley procesal penal belga regula en su art. 216 el procedimiento denominado reconocimiento previo de culpabilidad (*Reconnaissance préalable de culpabilité*) que contempla la mediación penal en las distintas fases: instrucción, determinación de la pena, y en detención y ejecución. El art. 216 describe el marco general restringiendo la mediación a los delitos que no lleven aparejada una pena privativa de libertad mayor a cinco años. En los delitos en que sí cabe este tipo de procedimiento de reconocimiento previo de culpabilidad por parte del infractor, el resultado del mismo es una reducción de la pena que le hubiese correspondido, o a una suspensión de ésta, bien simple o condicional, bien total o parcial. Además del Ministerio Fiscal existen otros órganos legitimados para promover este procedimiento: el auditor de Trabajo, el Procurador General y otra serie de personas enumeradas en los arts. 479 al 483 de la Ley procesal belga.

El citado artículo hace relación de una serie de delitos en los que el reconocimiento de culpabilidad no es aplicable, y, a continuación, regula los momentos en el que el Ministerio Público puede proponer este procedimiento, que será, en cualquier caso, antes de que el Tribunal sentenciador haya dictado sentencia o resolución definitiva. El acuerdo será presentado al Juez competente para su homologación tras verificar la concurrencia de una serie de garantías. En caso de acreditar tales requisitos, el Tribunal aprueba el acuerdo por sentencia contra la que no cabe recurso. En caso contrario, y por decisión motivada, el asunto pasa al conocimiento de otra Sala.

El Capítulo II ter de la Ley Procesal belga trata de “las promesas relativas a la acción pública”, o a la ejecución de la pena, o a la detención, concedidas tras una declaración de culpabilidad. En el artículo, de forma minuciosa y circunstanciada, se regula esta modalidad que, sucintamente, consiste en una promesa de trato beneficioso que el Ministerio Público realiza, con el contenido y la forma que desarrollan los ocho apartados del art. 216 de la Ley procesal belga, al infractor, para que éste, cuando no existan otros medios de investigación de un hecho criminal, efectúe una declaración que aporte a la investigación material probatorio completo sobre la participación propia o de terceros en el hecho criminal en el ámbito de determinados delitos recogidos en el artículo 90 ter 2 a 4 del citado texto legal.

El artículo enumera los requisitos de carácter formal que ha de reunir el documento donde se plasme el contenido, así como las condiciones de la promesa del fiscal y las

circunstancias relativas al del delito sobre el que aportará pruebas el imputado, así como su deseo de indemnización. Contempla, igualmente, diversos supuestos de revocación de la promesa, requisitos que debe cumplir la declaración del infractor -que por sí sola no servirá como prueba de cargo-, el contenido de la promesa³⁸³ y la posibilidad de que esta verse sobre la ejecución de la pena, o el cumplimiento penitenciario.

La relevancia de estos acuerdos puede ser de tal naturaleza que el apartado octavo prevé un control parlamentario sobre la aplicación de este procedimiento, estableciendo la obligación del ministro de Justicia de informar a la Cámara de Diputados anualmente sobre su aplicación y resultados.

La mediación se encuentra regulada en Bélgica en los arts. 553, 554 y 555 del texto estudiado, que se remiten al procedimiento previsto en el art. 216ter del mismo cuerpo legal. De conformidad con el art. 553 de la Ley procesal belga, cualquier persona interesada puede presentar una solicitud de mediación en cualquier fase del proceso o en su ejecución, estando también facultados para proponerla los jueces y Tribunales y el Ministerio Fiscal cuando lo consideren oportuno.

El Servicio de Mediación es aprobado por el ministro de Justicia, y está formado por órganos especializados, con personalidad jurídica propia y de carácter multidisciplinar, autorizados, financiados y supervisados por el Poder Público (art. 554 Ley procesal belga).

Por último, el art. 216ter CPP residencia la iniciativa de promover un procedimiento de mediación en el fiscal, siempre que la pena a imponer no sea de más de dos años de prisión, en caso de reconocimiento por parte del sospechoso de su responsabilidad civil y anuencia al cumplimiento de alguna de las medidas que establece el apartado 5º del artículo. El art. 216ter 2 regula la ejecución concreta de las medidas y su supervisión por parte de los servicios comunitarios. Concluye el párrafo quinto refiriéndose a la terminación por cumplimiento del acuerdo de mediación por parte del imputado. El acuerdo cumplido, aprobado por el juez competente, da por terminada la acción penal. Si, además, causó un daño indemnizable, se exige un reconocimiento escrito de la asunción de responsabilidad civil, que constituye según el artículo una presunción irrefutable de culpa. El art. 216ter 6 extiende la aplicabilidad del procedimiento de mediación a la fase de instrucción o a la de enjuiciamiento, siempre que no se haya dictado aún sentencia o resolución definitiva.

³⁸³ Diversas posibilidades procesales todas ellas beneficiosas para el imputado.

2.2. La víctima como figura central en el sistema de justicia restaurativa.

2.2.1. Historia de la víctima y riesgos de su protagonismo.

2.2.1.1. Antecedentes históricos desde los inicios a la implantación de la justicia oficial.

Antes de entrar a considerar la evolución histórica de la figura de la víctima, conviene una primera aproximación a su concepto, que comenzará por las definiciones legales recogidas en diferentes instrumentos internacionales.

La víctima ha sido definida en muchos textos internacionales, siendo uno de los más relevantes la *Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre los principios básicos de las víctimas de delitos, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985*.³⁸⁴ De acuerdo con la definición ofrecida por el texto de la ONU en su art. 1.1 víctimas son quienes “ (...) individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”, incluyendo en este concepto el apartado segundo “ (...) los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”, concluyendo el párrafo tercero que las disposiciones relativas a la víctima deben ser aplicadas sin ningún atisbo de discriminación.³⁸⁵

En nuestro entorno jurídico europeo, y dado el carácter axial del texto, la *Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, recogemos la definición de la misma que ofrece en su art.1.1, “A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por: a) “víctima”: la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”.

Finalmente, en el derecho interno español, es el art. 2 EVD, el que realiza una definición que se nos antoja excesivamente prolíja³⁸⁶. Es llamativo que este artículo, incluye la

³⁸⁴ Se puede acceder al texto desde la siguiente dirección electrónica: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>

³⁸⁵ Estudia esta Declaración en el contexto de los instrumentos internacionales, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, “Las víctimas y el Derecho Internacional”, *A.E.D.I.* núm. 25/2009. Fue en la década de los 80 del siglo XX cuando comenzaron a positivizarse los derechos de las víctimas, señala VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, AAVV, (Dir. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2005, op.cit.*, pp. 166-167, siendo la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre los principios básicos de las víctimas de delitos, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, considerada un hito en la materia, diseñado para dotar de un contenido mínimo a los derechos de las víctimas más que a configurar un estatuto jurídico. Sus bases son la dignidad y el respeto que merece la víctima, fijando garantías para preservar su seguridad, intimidad, minimizar las molestias, evitar las dilaciones y recibir la debida indemnización. Sobre este instrumento ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español, op.cit.*, pp. 251-255, apunta a una característica esencial del mismo: la protección de la víctima no puede suponer una limitación de los derechos del infractor. Seguidamente trata sobre el concepto de víctima contemplado en la Declaración, sus principios fundamentales, así como los mecanismos previstos para su salvaguarda, entre ellos el resarcimiento y la asistencia.

³⁸⁶ El art. 2 Ley 4/2015, incluye una descripción muy pormenorizada de quién se considera víctima, distinguiéndolas en directas e indirectas; “ a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o

desaparición a la hora de delimitar el concepto de víctimas indirectas, con más amplitud que el art. 2.1 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, persigue dar respuesta a los compromisos internacionales del Estado español tras haber ratificado en 2009 la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006*.³⁸⁷

No obstante, al margen de estas definiciones legales, el concepto de víctima resulta sumamente poliédrico y difícil de concretar por la riqueza de matices, sujetos, agentes, y circunstancias que implica. Otro tanto puede decirse sobre cuál es el fundamento de los derechos de aquélla.³⁸⁸ Un concepto reduccionista identifica la víctima como el sujeto cuyos bienes jurídicos reciben el daño del hecho delictivo, pero parece claro que el delito tiene también efectos negativos sobre la comunidad, incluso ésta puede ser su único destinatario. De hecho, esta modalidad está en crecimiento debido a las nuevas formas de criminalidad (delitos informáticos, financieros, contra el medio ambiente, fraudes al consumidor, delitos contra los intereses generales...), y desdibujan la relación víctima e infractor, perdiéndose la visualización y personalización que muestra la figura tradicional.

Íntimamente ligado con el concepto de víctima, se encuentra el de victimización o proceso por el que una persona sufre las consecuencias negativas de un delito. De entre las formas de victimización la doctrina científica ha distinguido³⁸⁹; primaria, secundaria y terciaria, según el

patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito, y b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos a, 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.(...)"

³⁸⁷ La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 2006, significa, señala GARCIA RODRIGUEZ, MANUEL JOSÉ, "El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su trasposición al ordenamiento jurídico español", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-24/2016, con arreglo a su art. 2: "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley". Dicha convención fue ratificada por España el 9 de febrero de 2011 (BOE 18 febrero 2011).

³⁸⁸ Indagando sobre el fundamento en el que descansan los derechos de las víctimas, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, "Los derechos de las víctimas", AAVV (Coord. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA), *El estatuto de las víctimas de los delitos, comentarios a la Ley 4/2015, op.cit.*, pp. 28-32, distingue primeramente entre los procesales y aquellos otros que tienen naturaleza sustantiva, previos al proceso. Entre estos últimos enumera la dignidad, la autodeterminación, y el derecho a la intimidad, que son independientes a su relación procesal. Entre los primeros, el derecho a participar en el proceso, o, más radicalmente, el derecho de acceder a la justicia y ser protegidos por ella. Sin embargo, otra visión pone el acento en los efectos negativos de la participación en el proceso para las víctimas y considera que su derecho consiste en ser protegidos por el Estado; la visión más reduccionista centra tan solo su derecho en ser resarcidas, una visión de "mínimos" que ha sido superada por la normativa europea. La perspectiva más aceptada en relación con el fundamento de los derechos de las víctimas es mixta, sostiene el autor, considerándolo un tercer actor del proceso penal junto con el infractor y el Ministerio Fiscal y estimando, en cualquier caso, que tiene derecho a ser escuchada y tenida en cuenta en la determinación de la consecuencia del delito.

³⁸⁹ El proceso de victimización estudiado desde la perspectiva de las personas que sufren el delito, es decir las víctimas, es clasificado en estos tres tipos por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 118-130: la victimización primaria se produce sobre la persona que de forma directa o indirecta sufre los efectos del delito, bien de orden material, bien de orden psicológico; la secundaria concierne también a ésta pero en forma del "sobrecosto" que tiene que afrontar cuando se enfrenta con el sistema judicial sufriendo el impacto de las declaraciones, pruebas periciales, acto de juicio oral y demás vicisitudes procesales que le hacen revivir el trauma del delito, y finalmente; la victimización terciaria, sobre la que no parece haber una definición unánime; se ve así como el coste de la pena para quien la recibe o para terceros, pero el autor,

sujeto que la sufre, y que, *grosso modo*, corresponderían a la víctima física, su entorno, y la comunidad, respectivamente. A esta clasificación básica, la Victimología ha añadido otras en función de los procesos de victimización, tales como, los mecanismos de auto y heteroculpabilización.³⁹⁰

Contemplada a través de la historia, la víctima en las más remotas épocas estaba relacionada con aspectos sacrificiales de sociedades que se veían desprotegidas contra las fuerzas incontrolables de la naturaleza. Las víctimas eran inmoladas por motivos expiatorios o propiciatorios, y, a diferencia de las víctimas de conflictos, guerras o pugnas, la razón de su sacrificio era de carácter mágico-religioso, como ha puesto de manifiesto la Antropología cultural.³⁹¹

En posteriores fases evolutivas, con la formación de tribus y clanes, la ofensa a un miembro de la misma la pagaba su victimario con la muerte; el clan agredido, ejecutor de la venganza, se jugaba en la tarea su prestigio e, incluso, su supervivencia.

La aplicación de aquella, lejos de sosegar la convivencia, perpetuaba el conflicto que se traducían en una sucesión de venganzas transmisibles, incluso, de generación en generación, denominadas, en la Edad Media, *faida*. Instituciones, vigentes en ese período histórico, tales como la llamada *saña vieja* permitían a los descendientes de antiguos agraviados tomar venganza en los descendientes del ofensor. Esta etapa fue denominada con una expresión que hizo fortuna, por el victimólogo Stephen Schaffer, como la “edad dorada de la víctima”, puesto que ella era la gestora primordial del conflicto.³⁹²

La familia o el clan del victimario, con intención de aplacar la venganza, aplicaba a veces el castigo ella misma. En otras ocasiones, huían a otro territorio u ofrecían compensaciones. Esta última modalidad se fue abriendo camino como amortiguación a la

sin embargo, la entiende como aquella que sufre la víctima por la incomprensión de la sociedad cuando ésta apoya al infractor y desprecia a aquella.

³⁹⁰ Se trata, como apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.*, pp. 129-130, de “sutiles” mecanismos operados en la víctima en los que se observa un sentimiento de culpa totalmente infundado por parte de ésta (autoculpabilización). En casos de delitos como la violencia de género, u otros delitos graves, es habitual que aquélla se sienta culpable de los hechos sufridos. Por el contrario, ocurre también que el victimario achaque la responsabilidad del hecho en su víctima (heteroculpabilización) legitimando o justificando su delito.

³⁹¹ KROTZ, ESTEBAN, "Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica." AAVV, *Un ensayo sobre la transformación de recursos locales en mercancías globales*. Recurso online:https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20150308_01.pdf#page=63, p. 63, explica, aunque el objeto del estudio de este trabajo son, en realidad, las conexiones entre Antropología y Derecho, cómo en las sociedades primitivas las relaciones sociales estaban impregnadas de elementos mágicos, si bien, aun absurdos para el observador actual, se basaban en consensos sociales. En su enciclopédico trabajo la profesora BARONA VILAR, SILVIA, *Proceso penal desde la historia, op.cit.*, pp. 30-31, hace también referencia al carácter mágico-religioso del mal que “había que insuflar a quien infringía las reglas del grupo”. Este componente religioso de las sociedades primitivas es tratado también por AAVV, (Dir. LORENTE, MARTA, VALLEJO, JESÚS), *Manual de Historia del Derecho*, Tirant Lo Blanch, *op.cit.*, pp. 130-131.

³⁹² El criminólogo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 99, al tratar de la víctima del delito como uno de los sujetos de estudio de la Criminología, se refiere al máximo protagonismo que tenía en los primeros estadios del sistema de justicia, cuando ésta hizo aparición en las sociedades primitivas. Otra acepción del término, referido ya al desarrollo de la Criminología, hace referencia al momento inicial de los pioneros de la disciplina que enfocaron a la víctima como centro de sus investigaciones (pp. 105-108).

dureza de la violencia desplegada, siendo la práctica generalizada en el Mundo Clásico, a diferencia de las tribus bárbaras, donde pervivió secularmente la venganza privada.

En épocas muy tempranas, y como mecanismo moderador de la venganza privada para contrarrestar sus efectos desintegradores, apareció el ajuste taliónico.³⁹³ También el elenco de infracciones punibles varió progresivamente: así los delitos contra la propiedad se sumaron a los relativos a ofensas personales, más antiguos. También los pueblos germánicos sufrieron una evolución en su derecho tradicional como consecuencia de su contacto con Roma, y fueron introduciendo el pacto resarcitorio entre víctima e infractor.

2.2.1.2. Posterior evolución histórica hasta el monopolio estatal.

Desde la caída del Imperio Romano, y con un paréntesis parcial durante la Edad Media, la figura de la víctima se irá debilitando paulatinamente en un declive progresivo, que finalizará en el siglo XVI, con la primacía del Estado sobre el control social. El sistema penal germánico, que tuvo su entrada en el antiguo Imperio Romano tras su invasión, no concedía ninguna importancia a la víctima, a la que solo consideraba como parámetro para fijar la cuantía indemnizatoria por parte de Asambleas comunitarias en función de las variables de sexo, rango y edad, siendo en esta lógica, el máximo indemnizable o punible, la víctima varón, adulto y noble; un sistema tarifario que trae a la mente modalidades actuales de resarcimiento civil.³⁹⁴ La particular evolución histórica de las Asambleas germánicas que fijaban el *quantum* indemnizatorio determinará que, con el tiempo, aquél termine sustancialmente en manos del peculio real, recibiendo, cada vez, una parte más exigua la víctima, que irá paulatinamente perdiendo toda su relevancia, subsistiendo alguna que otra forma de justicia privada que irá, finalmente, desapareciendo.³⁹⁵

El decurso de desprivatización del proceso penal y de neutralización de la víctima alcanzó su cenit a finales de la Edad Media, pudiéndose afirmar que, en el siglo XVI, el Estado había ya asumido la persecución oficial del delito. El nuevo orden llegó con una inusitada dureza penal: la pena capital se administraba con prodigalidad por multitud de infracciones, en

³⁹³ El Talión, que se insertó en los códigos más primitivos de múltiples culturas (desde el famoso de Hammurabi a las XII tablas del Derecho Romano), relata RAMÍREZ GONZÁLEZ, RODRIGO, *La Victimología*, Temis, Bogotá 1983, p. 48, supuso una moderación en la venganza privada, toda vez que buscaba un equilibrio entre la ofensa y su consecuencia, y, especialmente, como una conminación para que se usase, prioritariamente, la segunda de las técnicas, la composición y el arreglo compositivo. Parece que dicho mecanismo compensatorio surgió en el mundo pastoril, así la ley mosaica, por ejemplo, establece un número de reses que el infractor tenía que devolver por haber sustraído alguna variando según la especie del ganado.

³⁹⁴ La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, preveía unas tablas indemnizatorias de cuya lectura, a la vista de sus prolijas especificaciones, se obtiene una semejanza con los parámetros aludidos. Dichas indemnizaciones se renuevan anualmente actualizándose por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el último a fecha de este escrito publicado en el BOE de 8 de abril de 2020 “Resolución de 2 de febrero de 2021, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.”

³⁹⁵ Una de las últimas manifestaciones de la justicia privada lo constituye la *inimicitia*, recogida en fueros medievales, y que consistía en la legítima venganza de sangre en un haz de facultades regladas de las que disponía el clan ofendido, y que requerían como elemento habilitante, una declaración oficial de “*enemistad*”, que permitía hostigar de forma legal, con justo título, al victimario o sus parientes, inicialmente por tiempo ilimitado y, más tarde, temporalmente.

un contexto de dureza y arbitrariedad judicial con muy pocos límites³⁹⁶ y que ha sido llamado “Derecho penal de voluntad”.³⁹⁷ La afirmación del monopolio de la represión penal por el Rey, no obstante, no fue homogénea, territorial, ni temporalmente, ni lineal, existiendo altibajos, retrocesos y avances durante décadas, y persistiendo modalidades autocompositivas residuales.

Con la asunción por el Estado de la totalidad del *ius puniendi*, el conflicto pasa a no ser algo propio de la víctima involucrada en él.³⁹⁸ Esta “desposesión” o neutralización de la víctima tiene una enorme lógica: evitar el ciclo de venganzas privadas a que puede dar lugar la autotutela o, peor todavía, que las venganzas tomen un cariz grupal. El Estado se encarga del castigo y evita males mayores; un logro cultural sin ninguna duda. Con el monopolio estatal el papel de la víctima queda pues relegado a la persona que suministra información referente al daño sufrido para fijar su concreta gravedad a efectos penales, no para fijar el efecto resarcitorio. Otro factor decisivo para la postergación de la víctima fue la complicación creciente del proceso, que requería técnicos con conocimientos de derecho y otras materias, dejando fuera a aquella. La severidad de las penas y la dificultad de la víctima para ser resarcida desembocará en que las víctimas apenas denunciaban, comenzando entonces el poder público a actuar de oficio. Paralelamente, el procedimiento inquisitivo se va reafirmando en su versión laica, haciendo que su fin de averiguar la verdad de cualquier forma se imponga, prescindiendo, incluso, del testimonio de la víctima, siendo éste otro motivo de su neutralización.³⁹⁹ Se señala la aparición de la Inquisición en 1184⁴⁰⁰, y su posterior expansión como el hecho que relegó definitivamente a la víctima a su papel secundario, haciendo que su voluntad, en la persecución, perdiese toda su relevancia -más allá de su mera información para iniciar el procedimiento- e instaurando un sistema de persecución público.

³⁹⁶ En el capítulo titulado “de la práctica del tormento” TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona 2000, pp. 19-29, transcribe los autos del Archivo Histórico Nacional, referentes a las actas de tormento de una pobre mujer acusada de hurto, con un lujo de detalles y una frialdad forense sorprendentes.

³⁹⁷ En tiempos históricos recientes el derecho penal de voluntad -en contraposición al del acto-, (*Willensstrafrecht*), ha solido identificarse con cualquier formulación del injusto, particularmente el de contenido severo, y se relaciona, con el implacable jurista nazi Ronald Freisler que, en su cualidad de alto cargo del partido, introdujo leyes penales de extremada dureza, tales como penas capitales a jóvenes, o siendo juez del Tribunal Popular mantuvo comportamientos execrables. Existen varias traducciones al castellano de esta obra, la más reciente: FREISLER, ROLAND, *El Derecho penal de voluntad*, Olejnik, Santiago de Chile 2021, así como una recensión sobre ella por ZAFFARONI, EUGENIO, “Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad”, *Revista Electrónica Semestral de políticas públicas en materias penales*, núm. 31/2021, que realiza un análisis de la obra y la de los comentarios de los profesores que la han estudiado en el propio texto. El autor expone que, en la actualidad, la obra se ha tomado de modelo para la tipificación de actos preparatorios. La tesis del jurista nazi, añade, consistía en equiparar la tentativa a la consumación, como una herramienta de lucha más del Estado -totalitario- contra sus enemigos.

³⁹⁸ Las formas desreguladas de fuerza son prohibidas, y el incipiente estado asume la exclusividad de su uso, FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris; teoría del derecho y de la democracia*, tomo I, Trotta, Madrid 2013, p. 837, describe así los requisitos en referencia al ordenamiento jurídico: “Los principios constitutivos del derecho como ordenamiento; a) la prohibición en general, de la fuerza desregulada, es decir, de la guerra y del crimen, y B) la obligación del uso de la fuerza sólo en los casos que esté normativamente previsto como respuesta, regulada y limitada, frente a un acto ilícito”.

³⁹⁹ En una vieja monografía de 1984, HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho penal, op.cit.*, pp. 92-97, daba cuenta de la situación de la época respecto a la víctima, totalmente neutralizada en aquel entonces por el proceso penal. En el tiempo en que el autor escribió este estudio los derechos de las víctimas estaban todavía lejos de tener su plasmación positiva; incluso, da la impresión, de que considera que tan solo deberían ser tenidas en cuenta a efectos del diseño de la política criminal, y que el devenir de la evolución criminal haría que los delitos sin víctima, o con víctima difusa si se prefiere, se impondrían sobre los demás.

⁴⁰⁰ Los historiadores de la Iglesia, afirman, GARCIA VILLOSLADA, RICARDO, *Historia de la Iglesia Católica*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid 1963, pp. 746-753, que el paso fundamental para la creación de la Inquisición se dio, efectivamente, con la dieta de Verona (1184) por el papa Lucio III y el emperador Federico I Barbarroja, aunque la verdadera creación de la institución no llegaría hasta el año 1231 con el papa Gregorio IX.

Es, también, en esta época cuando surgió embrionariamente el Ministerio Fiscal, que, en breve, quedó supeditado a los intereses del Estado, todavía con funciones muy mezcladas con las de los Tribunales y el fisco real -de donde proviene su denominación en lengua castellana-. Empero, este Ministerio Fiscal germinal, como ya se ha explicado anteriormente, presentaba unas características muy distintas de las que desarrollaría posteriormente, aunque ya evidenciaba su tendencia a ser el instrumento del Poder Ejecutivo en el proceso penal. Ahora bien, habría que matizar estas afirmaciones puesto que, lo cierto es que, para cuando el Estado asume el *ius puniendi* y el monopolio de la actividad jurisdiccional, la situación de la víctima ya estaba sumamente debilitada y había sido neutralizada por los clanes familiares o tribales, sacando la gestión del conflicto de su ámbito personal. En el caso español, el cambio decisivo llegó con los Reyes Católicos, que crearon una legislación penal unitaria, así como instituciones tales como la Santa Hermandad en 1476, y el Santo Oficio en 1480, enmarcadas en la lucha con el poder nobiliario.

El Derecho penal anterior a la Revolución francesa presentaba un panorama muy similar en toda Europa, derivado del común origen romano-canónico de su sistema legal que promovieron las monarquías como reafirmación de su poder, como también era común la formación de sus élites jurídicas.⁴⁰¹ El ilustrado italiano BECCARIA describía con suma ironía cuál era el marco legal penal, anticuado, farragoso e injusto de la Europa del siglo XVIII.⁴⁰²

2.2.1.3. Desde la Edad Moderna al siglo XIX. La víctima en el desarrollo de la dogmática penal y en la Ciencia penal.

Con la aparición del movimiento de la Ilustración en la Europa del siglo XVIII, comenzó a disiparse la identificación entre Derecho Penal y Religión. Los dogmas imperantes empezaron a ser criticados desde presupuestos científicos y racionales. Por otra parte, la concepción clásica de la división de poderes, fruto de la Revolución Francesa, equiparó al Estado como el receptor de la infracción penal: si la ley era la emanación de la voluntad de la Nación, quien la quebrantaba adquiría la condición de rebelde o de traidor. En este esquema la víctima individual del delito quedaba fuera.

⁴⁰¹ Una visión general muy elocuente de la situación anterior a la caída del Antiguo Régimen la proporciona TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La tortura judicial en España, op.cit.*, pp. 154-160. Las monarquías producían gran cantidad de normas penales y los castigos eran muy severos, conviviendo los delitos con otras infracciones de tipo religioso, los denominados *crimina laese Majestatis divinae*. El procedimiento penal, inquisitorial y de tintes religiosos, suponía la culpabilidad del delincuente-pecador, contra el que cualquier sistema de pruebas servía con tal de que “confesase” su delito-pecado; en ausencia de otras pruebas se aplicaba la tortura para “descubrir la verdad”. El arbitrio judicial era enorme, la falta de tipicidad de las conductas, reducidas a unos listados casuísticos, imprecisos y susceptibles de interpretación analógica y extensiva por el juez, unido al secreto del proceso, explicaban el gran ámbito de discrecionalidad e injusticia judicial. Las penas impuestas eran de una gran dureza, sin guardar proporcionalidad alguna con el delito cometido; desde destierro, penas de prisión no largas o de vergüenza pública, hasta azotes, trabajo en minas, galeras, mutilaciones, y pena capital -profusamente aplicada-, ejecutada en un sinfín de modalidades atroces con el fin de aterrorizar a los ciudadanos y persuadirlos de no infringir la ley.

⁴⁰² Describía, de esta manera, el heterogéneo conjunto de regulación penal de aquella época en Italia, BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid 1968, p. 27; “Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador hechos compilar por un príncipe que reinaba en Constantinopla hace doce siglos, mezclados después con ritos lombardos y contenidos en farragosos volúmenes de intérpretes privados y oscuros, forman la tradición de opiniones que en una gran parte de Europa recibe todavía el nombre de leyes...”.

La conceptualización que los ilustrados y la naciente Dogmática Jurídica elaboraron sobre la víctima la convierte en un arquetipo abstracto. De alguna manera, idealizan la idea de la víctima, la deshumanizan, despersonalizan, y la igualan en un concepto genérico: todas las víctimas son iguales. Las víctimas se convierten así en el sujeto pasivo del delito, alguien a quien no se le reconoce la cualidad de sujeto activo en el desarrollo del proceso penal. El renombrado criminólogo Nils Christie, de la escuela abolicionista y de planteamientos radicales, como ya se ha apuntado, habla a este respecto de “desposesión” del conflicto a la víctima.⁴⁰³ La preocupación de los ilustrados fue, sobre todo, establecer un sistema de garantías para el imputado y frenar la arbitrariedad y abuso de poder del Antiguo Régimen. La Dogmática jurídico penal, por otra parte, se esforzó por crear un Derecho Penal justo, lógico y razonable, pero en su construcción ideal la figura de la víctima sufrió una transformación que no resultó, en absoluto, beneficiosa para los sujetos pasivos del delito concretos, concebidas, en abstracto, en su doble cualidad de sujetos pasivos del delito y titulares, inicialmente, del bien jurídico atacado.

La Victimología criticará, después, esta interpretación mecanicista y reduccionista de la Dogmática jurídico penal acerca de la víctima, una visión que solo considera muy fragmentariamente la presencia de ésta, centrándola en el momento de ocurrencia del delito, haciendo una especie de “foto fija” del acto criminal, sin valorar ninguna otra de sus múltiples dimensiones y convirtiéndola en una especie de sujeto pasivo inanimado cuya única función es sufrir el delito.

El concepto jurídico penal de “Bien Jurídico”, surgido en Alemania, a finales del s. XVIII, y que desde entonces ha sufrido diversas reelaboraciones, supuso otro golpe para el estatus de la víctima. Una primera formulación del mismo no arrinconó del todo a la víctima, a la que, en alguna manera, consideraba titular de algún derecho subjetivo en el bien jurídico atacado. Sin embargo, una reelaboración posterior estimó que el bien jurídico tenía una proyección meta-individual, colectiva y global que trascendía a la víctima concreta.

El Derecho Penal usará este concepto como el elemento valorativo para subsumir o valorar un ilícito penal y en dicha ecuación la figura de la víctima no tendrá relevancia alguna, ya que sus derechos subjetivos quedan desligados del todo del bien jurídico general y abstracto: el único diálogo posible es entre infractor y Estado.

2.2.1.4. Aparición de la Criminología. Escuela positivista italiana.

La nueva ciencia de la Criminología apareció en un contexto de creciente interés de la opinión pública por el fenómeno criminal, y tenía el objetivo de estudiar científicamente el crimen en sus múltiples facetas. A pesar de ello, no fue hasta después de la II Guerra Mundial y su estela de horrores bélicos y genocidios en los campos de exterminio, cuando se reparó en la existencia de la persona que sufre el delito, convirtiéndola en objeto de interés. A diferencia del movimiento ilustrado, que utilizaba metodología analítica deductiva, la Criminología nació en el seno de las corrientes de pensamiento positivista de marcado carácter individualista, defensoras de las libertades individuales, y centró su atención sobre la figura del infractor, a la que consideró parte “vencedora” del delito, expresión del conflicto, convirtiéndose en objeto de

⁴⁰³ CHRISTIE, NILS, “Conflicts as property”, *British Journal of Criminology*, v17 n1, 1977, traducido al castellano ALBIN ESER, MAIER JULIO, *De los delitos y de las víctimas*, *op.cit.*

estudio, y siendo merecedor de un tratamiento respetuoso.⁴⁰⁴ Dicho sujeto se analizó individualmente, y se consideró digno de garantías y merecedor de protección.⁴⁰⁵

El característico optimismo positivista sobre la posibilidad de erradicar el delito postergó a la víctima a la insignificancia al considerar que la aplicación de la ciencia conseguiría dejar en el pasado sus padecimientos. La víctima, paradójica pero ciertamente, ha sido muchas veces contemplada como la parte perdedora del conflicto, como un derrotado, observada con una extraña mezcla de compasión y desprecio. Para el Positivismo criminológico la víctima era fungible y pasiva. El Derecho procesal y penal entendían, igualmente, que el infractor era la persona titular de derechos y garantías, no la víctima. Esta dicotomía legal y dogmática se traducía en una muy diferente intensidad en el estudio del delincuente, cuyas circunstancias de todo tipo eran objeto de escrutinio profundo, mientras que la víctima se soslayaba y arrinconaba para ser objeto de la asistencia y ayuda caritativas, por muy presente que, de forma implícita, estuviese ésta en las investigaciones de la Criminología. No obstante, a través de la historia se pueden citar precedentes de intelectuales que se interesaron por la víctima.⁴⁰⁶

En este ámbito es imprescindible hacer, antes de proseguir, una breve parada para mencionar la Escuela Positivista italiana en las figuras de sus tres autores principales, y sus respectivos enfoques antropológico, sociológico y jurídico del fenómeno criminal. CESARE LOMBROSO (1835-1909)⁴⁰⁷ mantiene una orientación antropobiológica del delincuente: concibe al autor del delito como un ser caracterizado por determinados estigmas degenerativos,

⁴⁰⁴ Aunque no todos coincidían con esta visión, señala USHER, SHAUN, *Listas memorables*, Salamandra, Barcelona 2015, p. 216, que, en un curioso listado de la Asociación de productores y distribuidores cinematográficos de EEUU del año 1927, precedente del actual sistema de calificación cinematográfico, se pedía una cuidadosa consideración antes de incluir una serie de contenidos en las futuras películas, encontrándose entre ellos con el núm. 11 la “compasión por los criminales”.

⁴⁰⁵ La paradójica postergación de la víctima hasta épocas históricas recientes es estudiada por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Tratado de Criminología. op.cit.*, p. 42, afirmando que suscita un escaso interés en la sociedad en detrimento del victimario, aunque, parece que en los últimos años la sensibilización social hacia la víctima ciertamente ha aumentado mucho.

⁴⁰⁶ Un ejemplo de ello es Tomás Moro (1478-1535), como expone CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA. “La visión de las leyes en la literatura de Utopía” *Revista ius et veritas*, núm. 3/1991, que en su obra “Utopía”, aborda la vertiente socio-política del delito y contempla a las víctimas como sujetos de un eventual trabajo reparador de los delincuentes. Atribuía la delincuencia a causas de origen económico, por lo que, en su mundo ideal, optó por la inexistencia del dinero, para evitar así todos los delitos relacionados con su desposesión. Las leyes, observaba, tenían que ser pocas y claras. Mismo consejo que Don Quijote dio a Sancho Panza, cuando éste era Gobernador de la insula de Barataria “No hagas muchas pragmáticas: y si las hicieres, procura que sean buenas, y, sobre todo que se guarden” (...) CERVANTES SAAVEDRA, MIGUEL, *Don Quijote*, Anaya, Madrid 1987, p. 604.

⁴⁰⁷ Recapitula su teoría criminológica de forma sintética GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos, op.cit.*, pp. 276-278. Un análisis más extenso del mismo autor en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.*, pp. 455-467. Un excelente resumen de las teorías del autor italiano, profusamente ilustrada, se encuentra en el libro, elaborado por su hija, LOMBROSO, GINA, *Criminal man: according to the classification of Cesare Lombroso*, G.P. Putnam, Nueva York 1911, accesible online en: <https://www.gutenberg.org/files/29895/29895-h/29895-h.htm>

La repercusión de las tesis de Lombroso en la intelectualidad española de finales del siglo XIX y principios del XX, centrado, sobre todo en los literatos del momento, es el tema que trata MARISTANY, LUIS, “Lombroso y España. Nuevas consideraciones”, *Anales de la Literatura española*, núm. 2/1983. De la lectura del trabajo se desprende que el eco del pensamiento del criminólogo italiano fue notable en nuestro país. Podemos consultar una síntesis de las teorías de Lombroso por VELÁZQUEZ DELGADO, GRACIELA, CHRISTIANSEN RENAUD, MARÍA, “Tras las huellas de la peligrosidad: la teoría criminológica de Cesare Lombroso”, *La razón histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, núm. 29/2015. Desde la perspectiva psicológica estudia el pensamiento de Lombroso, DA RE, VERÓNICA, MACERI, SANDRA, La Antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y del Derecho Penal, *Límite, Revista de Filosofía y Psicología*, núms. 17 y 18/2008. Una mención interesante sobre una obra clásica del autor italiano en ZAPATA CANO, RODRIGO, “Reseña del libro La Mujer normal, la criminal y la prostituta de Cesare Lombroso y Guglielmo Ferrero”, *Ciencias Sociales y Educación*, núm. 19/2021.

atávicos, que suponen que el delincuente es una especie de ser humano degenerado, al menos al principio de la formulación de su teoría criminológica, porque fue evolucionando hasta postulados más moderados en que explicaba el fenómeno criminal como un conjunto complejo de factores sociales, ambientales, y biológicos.⁴⁰⁸ Tanto sus conclusiones, como su metodología, han sido posteriormente muy criticadas, pero su figura ha de ser contemplada a la luz de su época, y estimar como muy positivas algunas de sus orientaciones.

ENRICO FERRI (1856-1929)⁴⁰⁹, profesor de las universidades de Bolonia, Siena, Roma y Pisa, representa la orientación sociológica, aunque sin desdeñar factores antropológicos, y su aportación es mayor en la política criminal y en la metodología, fundamentalmente experimental e inductiva, que se servía de las nuevas disciplinas científicas de la Antropología, la Psicología, y la Estadística social para su investigación, que en la Criminología. Otorgó relevancia a los factores sociales, casi operando de forma automática, como causantes del fenómeno delincencial. Sostenía que estos factores tenían que ser la base del diseño de una política criminal científica, elaborada a medio y largo plazo. Debía consistir en múltiples reformas en la sociedad en diversas áreas (economía, ciencia, política, religión, familia, educación...) para actuar sobre el delito de forma indirecta pero eficaz.

RAFFAELE GAROFALO (1852-1934)⁴¹⁰, finalmente, sostuvo en la Escuela Positiva italiana un papel relevante como sintetizador y divulgador de sus principios y, en su condición de jurista, inspiró principios normativos basados en esta teoría con objeto de integrarla en el sistema jurídico penal, para que, por medio del aparato judicial, se pusiera en práctica. De su obra “Criminología” de 1885⁴¹¹ es de donde esta disciplina tomaría su nombre. No compartía muchos de los postulados de LOMBROSO y de FERRI, ya que, por ideología y origen, en lo político no coincidía con ellos, como tampoco resulta tan radical respecto al determinismo de los anteriores. GAROFALO no aceptó la teoría antropológica lombrosiana del hombre delincuente, reelaborándola y encontrando la explicación al fenómeno criminal en el ámbito moral, en forma de la anomalía psíquica o moral, también de base genética, pero no propiamente como una enfermedad sino una desviación o anormalidad psíquica. Los factores

⁴⁰⁸ Un estudio muy breve lo realizan HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal, op.cit.*, pp. 34-35, refiriéndose en otra parte de la monografía (pp. 47-50) a la valoración de las teorías de cuño biológico, en general negativa, pero con algún aspecto positivo. Lo cierto es, afirman, que en la práctica ni la doctrina ni la legislación prestaron nunca mucho caso a estas teorizaciones, sobre todo, por negar la base del castigo en el Derecho penal. En realidad, una política criminal basada en las premisas biológicas no es posible, si las deficiencias del delincuente son biológicas y no sociales, poco se puede hacer.

⁴⁰⁹ Seguimos también, para este autor, a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.*, pp. 471-481. La obra de Ferri fue traducida al español contemporáneamente a su autor, existe un acceso electrónico a la siguiente obra: FERRI, ENRICO, *Estudios de Antropología criminal, La España Moderna*, Madrid 1895 https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/ferri_enrique_estudios_de_antropologia_criminal.pdf Entre las obras más importantes de FERRI se encuentran: *Sociología Criminal* (1884), *Socialismo y Ciencia Positiva* (1894), y *La Escuela de Criminología Positiva* (1901). Algunas de estas obras cuentan con traducción al español FERRI, ENRICO, *Sociología Criminal*, Ediciones Okejnik, Santiago de Chile 2022, FERRI, ENRICO, *Ciencia Positiva*, Ediciones Okejnik, Santiago de Chile 2019.

⁴¹⁰ Su personalidad y obra son el tema de la obra de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.*, pp. 481-487. Más brevemente describe su teoría criminológica VICENTE CUENCA, MIGUEL ÁNGEL, *Sociología de la desviación, una aproximación a sus fundamentos*, Club Universitario, San Vicente Alicante 2010, pp. 57-58.

⁴¹¹ La editorial chilena Okejnik, Santiago de Chile, ha publicado recientemente traducciones de los autores de la Escuela Positiva italiana, entre ellos GAROFALO. Publicaciones recientes son: GAROFALO, RAFFAELE, *El delito como fenómeno social*, Okejnik, Santiago de Chile 2020, *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Okejnik, Santiago de Chile 2019.

sociales y ambientales tienen para GAROFALO una importancia secundaria, aunque no desdeñable.

Es significativo, en relación con la víctima, que LOMBROSO, en su ingente obra apenas mencionó esta figura. En su trabajo *Crimen, causas y remedios* de 1899, realizó unas alusiones a la víctima en un par de párrafos que versaban sobre el efecto disciplinante que una indemnización puede causar en el infractor en delitos contra el orden socio-económico, pero no desde la perspectiva de la víctima. FERRI observó una mayor sensibilidad hacia las víctimas, aunque centró sus reflexiones sobre aquélla en la faceta económico indemnizatoria en la que vio un sustituto de la pena privativa de libertad o incluso, en delitos menores, una alternativa a la pena. GAROFALO fue de la tríada de autores de la escuela positivista italiana, quien más sensibilidad victimológica mostró, fundamentalmente al indagar en base a qué criterios éticos y sociológicos la víctima era merecedora del apoyo y asistencia de la sociedad y del estado. Al estudio de ese cometido dedicó el libro *Riparazione alle vittime del delitto* de 1887, donde, considerando nuevamente el aspecto indemnizatorio de las consecuencias del delito, propuso la creación de un fondo a cargo del Estado para solventar los casos de insolvencia y asegurar el pago de ayudas y de la responsabilidad civil a las víctimas.⁴¹²

Recapitulando, se observa que la Escuela Positivista solo contempla a la víctima de manera tangencial, no como objeto de estudio en sí misma, sino como el sujeto pasivo del delito, y desde el ámbito resarcitorio y de defensa social. No obstante, esta primera aproximación científica será el punto de partida de un movimiento que concluirá en la aparición de una nueva disciplina: la Victimología.

2.2.1.5. Reparación de la víctima en el siglo XX.

El redescubrimiento de la víctima se fue abriendo paso en la Europa del siglo XIX por la organización de congresos penitenciarios fruto de una preocupación extendida por las condiciones de los reclusos y su corrección. Entre los múltiples temas estudiados por los mismos uno de ellos era el de las víctimas de los delitos.⁴¹³

El primero significativo fue el de Londres de 1872, enmarcado en el auge de las sociedades filantrópicas de la época. El Congreso de Estocolmo de 1878 hizo especial hincapié en la atención a las necesidades de las víctimas concretas y reales, propugnando encontrar nuevas fórmulas restaurativas. Le siguió el congreso de Roma de 1885, que insistió en ese mismo sentido. Aunque las propuestas resultaron infructuosas, al menos lograron crear la conciencia de la insuficiencia del Derecho penal para conseguir dichos objetivos. Les siguieron

⁴¹² En Francia existe un organismo, denominado *Service d'Aide au Recouvrement en faveur des Victimes d'Infractions* (SARVI) previsto para que las víctimas civiles no resarcidas económicamente, reciban del Estado indemnizaciones totales o parciales por ese concepto a cargo del erario público.

⁴¹³ En este contexto HERREREA MORENO, MYRIAM, *La hora de la víctima. Compendio de criminología. op.cit.*, p. 81, cita el discurso de PRINS en referencia al olvido de la víctima en la ciencia jurídica de la época: “El hombre culpable albergado, alimentado, calentado, alumbrado, entretenido a expensas públicas en una celda modelo, salido de ella con una suma legítimamente ganada, ha pagado su deuda con la sociedad. Pero la víctima tiene su consuelo: puede pensar que con los impuestos que paga al Estado ha contribuido al cuidado paternal que el delincuente ha tenido durante su estancia en prisión”.

el Congreso de San Petesburgo de 1890 y el de París de 1895, que debatió profundamente el aspecto resarcitorio.

Entre otras aportaciones que suscitaron el interés hacia la víctima en el siglo XX, se pueden citar los trabajos de los autores pioneros de la Victimología, el criminólogo alemán HANS VON HENTING (1887-1974) y el rumano BENAJAMIN MENDELSON (1900-1998) que estudiaron las interacciones entre víctima-victimario por primera vez, mientras que desde la Psicología Social se aportaron nuevos modelos teóricos para explicar el fenómeno victimológico, y técnicas metodológicas novedosas para su investigación. El estudio científico de la víctima desarrollado por los autores mencionados aportó la novedad de escudriñar las conexiones entre el sujeto receptor del delito y su victimario, poniendo de manifiesto la interrelación entre ellos, señalando influencias e incluso “responsabilidades” de la víctima respecto a la causación del delito.⁴¹⁴ Estos estudios fueron continuados por HENRI F. ELLENBERG y MARVIN WOLFGANG, abundando en las teorías de sus predecesores desde nuevos enfoques.⁴¹⁵ Los autores más recientes, como ABDEL EZZAT FATTAH, ELIAS NEUMAN y MATTI JOUTSEN, realizan también clasificaciones y estudios sobre las víctimas desde distintas perspectivas teniendo todos en común la “participación” de aquella en el hecho criminal. El primero de los investigadores ha escrito que la mejor forma de restablecer la paz social y restañar el daño ocasionado por el delito son las fórmulas de justicia restaurativa, que cuidan a la víctima y responsabilizan al delincuente. En su teoría de la génesis del delito observa que la víctima participa del delito no como un mero sujeto pasivo, distinguiendo diversas modulaciones; NEUMAN realiza, por su parte, una clasificación de las víctimas -individuales, familiares, colectivas, y sociales- con sus correspondientes subdivisiones, exponiendo diversas caracterizaciones de cada cual. Por último, JOUSTSEN, considerando también el papel no meramente pasivo de la víctima, construye una teorización sobre los distintos comportamientos de ésta ante el delito que, ciertamente, se encuentran supeditados o influidos por condicionantes previos (sexo, etnia, ocupación, zona de residencia...). Los comportamientos oscilan desde la “inocencia” o diligencia más extrema de la víctima, hasta modalidades mucho menos pasivas.⁴¹⁶

En otro orden, movimientos sociales, como el feminismo, pusieron de manifiesto la violencia sufrida por las mujeres y elaboraron estudios al respecto que arrojaron luz sobre una cifra negra inesperada. Paralelamente, se celebraron simposios y conferencias sobre materia victimológica, así como se publicaron, en la época, revistas y estudios científicos de victimización en distintas áreas que fueron consolidando la disciplina de la Victimología, hasta el punto de que en diversos países se empezaron a implementar políticas de asistencia a las víctimas.

⁴¹⁴ En relación al grado de culpabilidad de la víctima BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave, op.cit.*, pp. 460-465, sirviéndose de las teorías de Dünkel, Landrove o Neumann, dibuja una clasificación de víctimas atendiendo a su grado de “culpabilidad”, es decir, de actitud mantenida en relación al delito. De esta manera, contempla desde la víctima “ideal” sin ninguna participación activa en la causación de la infracción, hasta las víctimas propiciadoras o provocadoras.

⁴¹⁵ Estos autores observaron cómo, en muchas ocasiones, los victimarios habían sido previamente objeto del mismo delito que perpetraban y como el aislamiento social es un factor decisivo que aumenta las posibilidades de ser una víctima, explica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.* p. 117. En otras ocasiones, la conducta de la víctima precipitaba la que quizá no hubiese contemplado el infractor. MARVING WOLFGANG, por otra parte, continúa narrando el autor citado, se refirió al papel clave que, frecuentemente, tienen las víctimas en “detonar” el delito (p. 117). MARVING WOLFGANG, igualmente, estudió grupos de delincuentes y sus códigos de conducta como subculturas, analizando sus valores y contravalores, como observa VICENTE CUENCA, MIGUEL ÁNGEL, *Sociología de la desviación, una aproximación a sus fundamentos, op.cit.*, pp. 80-83.

⁴¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.* pp. 117-119.

Existen múltiples razones que explican la reparación teórica de la víctima y su interés como objeto de estudio. Una de las más importantes es la aportación de la Psicología Social, que, a finales de los años setenta del pasado siglo, elaboró un conjunto de teorías que sirvieron de fundamento para explicar los datos obtenidos de las investigaciones victimológicas. Esta disciplina planteó un conjunto de interrogantes al estudiar las víctimas de los delitos violentos y los comportamientos de sus espectadores. Otro factor decisivo de la creciente relevancia de la víctima, se debió al perfeccionamiento y proliferación de las encuestas nacionales de victimización en algunos países: estos datos permitirían obtener datos reales sobre la población victimizada, al margen de las estadísticas policiales, generando movimientos a favor de las víctimas. Como se ha indicado al principio, los movimientos de las corrientes feministas lograron visibilizar un importante sector de víctimas hasta entonces escondido.⁴¹⁷

En el campo sociológico otra serie de factores explican la nueva relevancia de la víctima.⁴¹⁸ Una circunstancia muy importante para su toma en consideración tuvo su origen en EEUU superada la mitad del siglo XX. Como se ha relatado anteriormente, con ocasión del estudio del nacimiento de la justicia restaurativa en aquel país, y en un contexto de cambio social y aumento de la delincuencia, surgió un conjunto muy heteróclito de grupos sociales que representaban a minorías, entre los cuales irían destacándose agrupaciones de víctimas que se prestaban asistencia y ayuda mutua ante la desidia de la Administración. Coincidiendo cronológicamente con este movimiento, se concluyó en 1965 la primera gran encuesta de victimización, arrojando un enorme número de cifra negra de delitos, mucho mayor que el esperado.⁴¹⁹

Ante esta realidad, la Administración norteamericana comenzó a implementar planes de asistencia a las víctimas. Los grupos reivindicadores se irían transformando en asociaciones de víctimas, entre ellas, la *National Organization for Victim Assistance NOVA*. Paralelamente, en Europa, en Inglaterra y Alemania, se fueron creando otras similares. En los años 80 estas asociaciones, consolidadas ya, contactaron con los gobernantes para exigir una mejora en la condición de las víctimas, siendo bien acogidas por los gobiernos de Ronald Reagan y de Margaret Thatcher, en EEUU y Reino Unido, respectivamente. En EEUU se estimó que había que otorgar ciertos derechos a las víctimas para que no se encontrasen en un desequilibrio notable con los infractores, aprobándose una ley que recogía los derechos de las víctimas (*Victims' Bill of Rights*) en 1983, y posteriormente la Ley de víctimas de delitos (*Victims of Crime Act VOCA*) en 1984, ampliándose más tarde a normativas relativas a víctimas de delitos específicos.

⁴¹⁷ Estos múltiples factores, que confluyen a partir de mediados del siglo XX, son enumerados por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología. op.cit.*, pp. 66 y ss.

⁴¹⁸ Estudia el hecho de la identificación con la víctima de la mayoría social SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales, op.cit.*, pp. 52-60. Según el autor se trata de una consecuencia natural de la crisis de un Estado-providencia que ya no resulta capaz de ofrecer una seguridad pública y confianza en la población, y, por otra parte, de la idea, cada vez más asentada, de olvidar las responsabilidades sociales o colectivas, e incidir en la propia responsabilidad personal.

⁴¹⁹ Todo este contexto de desarrollo social en el que la víctima va tomando un protagonismo mayor y comienza a ser valorada y protegida es explicado por CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, op.cit.*, pp. 17-22.

Paulatinamente, las asociaciones se profesionalizaron, dispusieron de financiación institucional, y su influencia en la opinión pública aumentó. Su atención se centraba en la reclamación, la protección y la participación de la víctima en el proceso penal.

Paralelamente, la aparición de las tesis abolicionistas, que sustancialmente propugnan la conveniencia de que el Estado no se inmiscuya en la resolución de los conflictos, y éstos fueran solucionados por sus protagonistas, supusieron reforzar la posición de las víctimas.⁴²⁰ El abolicionismo vindicaba a la víctima, al considerar que al delito no le debe corresponder una sanción, sino una reparación, y ésta implicaba naturalmente a aquella como sujeto de derechos. A pesar de ello, el abolicionismo era una visión radical y exagerada, y llevar su planteamiento a sus últimas consecuencias supondría un caos, pero ha servido, al menos, para sacar a la luz defectos y carencias del sistema penal clásico, particularmente en relación al estatus de las víctimas.

2.2.1.6. Riesgos del excesivo protagonismo de la víctima.

Es preciso reparar, antes de entrar a considerar los peligros de la presencia reforzada de la víctima en el proceso penal, en el contexto actual de reivindicación de muchos colectivos marginados, real o imaginariamente, que han exacerbado las legítimas expectativas de las víctimas, que, sin embargo, entendemos justas y consideradas en un sistema democrático.⁴²¹ Existe un movimiento victimal que se puede calificar de patológico, una deriva del mundo actual que tiene su origen en las universidades norteamericanas en los años 90 del s. XX, sobre el que desde hace tiempo vienen advirtiendo las ciencias sociológicas y políticas⁴²², y que se ha extendido por doquier, ahogando el debate intelectual propio de las sociedades liberales.⁴²³ Se

⁴²⁰ La teoría abolicionista del Derecho Penal sostiene que éste es perjudicial para la sociedad, que genera nuevos problemas y que la solución de éstos concierne a sus propios protagonistas. Se trata de una corriente crítica de la Criminología que ha servido, al menos, para valorar las capacidades resolutorias de los implicados en el hecho criminal, según explican ALONSO SALGADO, CRISTINA, CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, op.cit., pp. 71-72. Más extensamente tratan esta teoría radical HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, op.cit., pp. 234-235, reconociendo que, a pesar de lo utópico (“suenan a música celestial”, manifiestan los autores) de sus planteamientos, tienen la virtud de señalar las fallas del sistema retributivo imperante, reconociendo, además, aportaciones o inspiraciones importantes en relación a la abolición de la pena de muerte, la moderación de la pena de prisión, y, sobre todo, la instauración de sistemas dialogados de solución de conflictos.

⁴²¹ La justicia penal moderna, que excluyó a la víctima del esquema procesal, no se sostiene desde un punto de vista democrático, que busca satisfacer las necesidades sociales, si ignora a la víctima, defiende el profesor ZAMORA GRANT, JOSÉ, “Sistema penal democrático y víctima del delito,” AAVV, (Dir. MARCHIORI, HILDA), *Victimología 10: ley y víctima: panorama internacional*, Encuentro Grupo Editor, Córdoba (Argentina) 2011, pp. 67-91, que propugna para la democratización del proceso, que se tenga en cuenta los intereses de aquella. La víctima debe gozar, manifiesta el autor, de las garantías del proceso debido, para evitar el abuso de autoridad. No obstante, considera aun más importante que el adecuado amparo a la víctima y su resarcimiento, priorizar con carácter general los intereses de ésta sobre los del Estado, una postura un tanto radical que se acerca a postulados abolicionistas por cuanto incluso propugna la toma de decisiones de la víctima respecto al futuro del agresor, algo que consideramos nos colocaría en un tiempo premoderno y peligroso.

⁴²² El profesor de Literatura comparada de la Universidad de Bérgamo GIGLIORI, DANIELE, “*Crítica de la víctima, un experimento con la ética*” Herder, Barcelona, 2017, p. 9, reflexiona sobre los peligros de la desmesurada importancia que se puede otorgar a la víctima: “La víctima es el héroe de nuestro tiempo. Ser víctima otorga prestigio, exige escucha, promete y fomenta reconocimiento, activa un potente generador de identidad, de derecho, de autoestima. Inmuniza contra cualquier crítica, garantiza la inocencia más allá de toda duda razonable”.

⁴²³ En directa relación con la deriva patológica de la figura de la víctima BRUCKNER, PASCAL, *La tentación de la inocencia*, Anagrama, Barcelona 2005, analiza este fenómeno relacionándolo con cuestiones como la infantilización y fragmentación de la sociedad, las ideas de persecución, o el sentimiento victimista impostado que se ha extendido por la sociedad como una plaga. La cita de CÉLINE, que ha introducido en la primera página del libro, no puede ser más elocuente: “Todos los demás son culpables, menos yo”.

alude a este fenómeno porque supone, en alguna medida, el metacontexto en que se desenvuelve el protagonismo que la víctima va adquiriendo en el Derecho penal y procesal.⁴²⁴

El peligro que, como primera aproximación en clave de política criminal, puede suponer la creciente relevancia de la víctima, es el incremento de la presión punitiva para tratar de ofrecer a aquella una mayor protección, lo que conllevaría el eventual detrimento de las garantías del infractor.⁴²⁵ Los medios de comunicación han puesto a la vista de la opinión pública a víctimas concretas que han expresado su dolor y frustración, haciéndolas visibles para todos, amplificando el eco que antes pudiera haber quedado restringido a un entorno mucho más limitado. La sociedad ha ido interiorizando la creencia de que el trato al delincuente es benigno, las penas exiguas, y que la víctima está totalmente desprotegida.

Por otra parte, ésta ha sido también a veces instrumentalizada con el objetivo de lograr unas políticas criminales más duras valiéndose de la emotividad del sufrimiento padecido. Conformaría una suerte de “derecho a castigar” mediato, el cual no debe ser nunca de la víctima, ya que no se puede identificar pena con resarcimiento, y porque el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE no ha de entenderse en el sentido antedicho, sino en el de *ius ut procedatur*, o derecho a iniciar el proceso, que, pena incluida, queda ya a disposición del Estado, sin que exista un derecho subjetivo a que el infractor sea castigado.⁴²⁶ En el mismo orden de ideas, el derecho al proceso debido, en manos de la Administración pública, pasaría igualmente a la víctima y las garantías procesales quedarían anuladas.

Se corre el peligro de que el renovado protagonismo de la víctima pueda suponer una vuelta a la justicia privada. La víctima, ciertamente, defiende sus propios derechos subjetivos, pero legítimos. Cabe pensar que los intereses que quiere preservar son propios y sin contenido social, aunque, como se verá, sí tienen una esfera que trasciende a su particular conveniencia. Es cierto que a la víctima le interesa, principalmente, conseguir su resarcimiento, y por ello, el Estado debería facilitar, mediante algunos mecanismos, el impulso de la negociación y del acuerdo, por la cualidad que tienen éstos de conseguir mejor la restitución. En general, la

⁴²⁴ Acerca de las razones o factores que explican el protagonismo de las víctimas en la política criminal, pero que son el sustrato de la relevancia que ha tomado la figura, CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op.cit., pp. 25-35, analizan aquellos factores identificándolos con la estimación social de la víctima (para ello toman como base en material estadístico que lo corrobora), así como el ya aludido papel potenciador de los medios de comunicación, y de los grupos y organizaciones de víctimas que coadyuvan a que el Poder Político se torne proclive a políticas favorables a aquéllas. Sostiene también (pp. 39-40) que ciertos colectivos de víctimas pueden usar la empatía que generan dando una sensación de lástima, para obtener venganza. Algo a evitar, pues, incluso para las propias víctimas lo más beneficioso resulta superar el trauma y recomponerse psicológicamente.

⁴²⁵ Desde la Criminología se entiende también que un desvío excesivo hacia la preponderancia de la víctima no es beneficioso; en este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología*, op.cit. p. 105, recuerda que el *ius puniendi* estatal tiene tal fortaleza que no puede quedar en manos privadas y debe seguir estando controlado por el Estado. Por otra parte, proteger en exceso a la víctima, sostiene, puede suponer privar de garantías al infractor. La deriva actual le preocupa al autor, ya que las expectativas, intereses y reivindicaciones particulares de las víctimas están integrándose en el núcleo de intereses de la sociedad y por ello en los intereses públicos.

⁴²⁶ La tutela judicial efectiva en su aspecto de acceso a la jurisdicción es analizado por MARTÍNEZ GALINDO, GEMA, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, núm. 1/2009, p. 801, que bucea en la jurisprudencia del TC referente a la inexistencia del derecho a obtener una condena penal y las características del derecho a la tutela judicial efectiva en la faceta mencionada (art. 24.2 CE) cuyas notas jurisprudenciales son, según recoge: derecho incondicionado, ni total, a la apertura e investigación de un proceso penal; derecho a instarlo, que se sustancie como un proceso justo, y a obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, suficiente indagación judicial, y consideración de las circunstancias del caso en todos los órdenes para establecer si ha existido vulneración o no del derecho.

fórmula que el Estado usa para dicho fin es el condicionamiento a la restauración de ventajas procesales, y la potenciación de mecanismos de justicia restaurativa, o protegiendo y tutelando a la víctima, incluso sin ser parte, con instrumentos que garanticen su indemnización, vía ésta que entendemos fundamental para conseguir un verdadero resarcimiento.

Otro reproche a este rol creciente es la sospecha de falta de objetividad de la víctima; si toma mayor protagonismo el proceso se puede viciar, y las garantías del justiciable disminuir. Su presencia en el proceso, además, puede crear quiebras para la imparcialidad, bien por producir lástima, o bien por provocar reacciones no objetivas de aversión. Cabe, incluso, el eventual uso instrumental de la justicia penal por la víctima para conseguir el propósito de la venganza, aunque, si así fuera, es labor del juez valorar el testimonio y darle la credibilidad que considere oportuna.

No obstante, con diferencia, el problema más grave que suscita la creciente intervención de la víctima es el posible conflicto de derechos constitucionales y ordinarios de aquélla y del autor. Aun habiéndose tratado de encontrar un equilibrio entre ambos, la cuestión resulta espinosa. Hasta el momento la jurisprudencia se inclina en esta pugna por los derechos del imputado, pero la nueva sensibilidad hacia las víctimas y la normativa internacional, europea y estatal al respecto, es previsible que vaya matizando la postura.⁴²⁷ Es evidente que las mayores garantías de la víctima, de alguna manera, pueden interferir las del imputado, por ejemplo, la posibilidad de que aquella declare por videoconferencia, por escrito, incluso, sin contacto visual con el imputado durante la vista oral, priva a la defensa de éste de gran parte del contenido del derecho a la contradicción o a la inmediatez del art. 24.2 CE, aspecto sobre el que se abundará más adelante. Actualmente, el valor probatorio que se otorga a la víctima es un constante *crescendo* jurisprudencial.⁴²⁸ En conclusión, no resulta de recibo que aumentar las garantías de

⁴²⁷ Sobre este particular ponen de manifiesto HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal, op.cit.*, pp. 144-146, la preocupante tendencia de política criminal, dentro del marco de robustecimiento de la víctima en el proceso, de la restricción de derechos al imputado por primar a la víctima tales como; la validez de pruebas obtenidas ilegalmente, dar mayor valor probatorio a las manifestaciones de la mujer que a la del hombre en los delitos en que ellas son víctimas, así como campañas dirigidas a solidarizarse con las víctimas, pero extendiendo la animadversión contra el delincuente, o tergiversando ante los medios de comunicación resoluciones judiciales. Los autores continúan exponiendo otros fenómenos del mismo tipo: mayor severidad en la ejecución de las penas, campañas de los medios de comunicación, ampliación de los tipos delictivos y anteposición temporal de la punibilidad, dar mayor margen de actuación a las acusaciones particulares y populares... En opinión de los autores se trata de una auténtica involución de las garantías procesales del infractor y condenado. En relación con la problemática del testimonio de la mujer como prueba de cargo en los delitos de violencia de género, MARIO ALBERTO JULIANO, MARIO, VITALES, GUSTAVO, “Una vuelta a la Inquisición: condena sin pruebas por violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6/2014, exponen su heterodoxa opinión.

⁴²⁸ La evolución jurisprudencial española sobre la valoración de la prueba en un contexto que creemos ejemplificador, es el objeto de análisis de RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Questio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1/2020. El problema de la valoración de la prueba cobra un especial interés cuando se trata de basar la condena en un único testimonio, normalmente el de la víctima. Según explica el autor, la interpretación jurisprudencial que se ha dado al art. 741 LECr, relativo al criterio de apreciación de la prueba en conciencia, ha variado sustancialmente y sigue haciéndolo. En la época preconstitucional la apreciación de la prueba gozaba de un amplio margen. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la CE 1978, la constitucionalización de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y la exigencia de valoración racional de la prueba (art. 120.3 CE) varió dicho régimen: la prueba de cargo había de ser suficiente y la sentencia encontrarse suficientemente razonada. En el caso de tener que basar la condena en un único testigo, era preciso explicar las razones por las que se le había otorgado credibilidad, indagando en ello (STS 217/2018, ROJ 1743/2018). La jurisprudencia estableció así los parámetros clásicos para acreditarla: credibilidad subjetiva de la víctima, verosimilitud de su testimonio y persistencia en la incriminación. En cualquier caso, se consideró siempre precisa la existencia de datos externos periféricos corroboradores. Sin embargo, en los últimos años, y especialmente en el ámbito de los delitos de violencia contra la mujer, observa el autor, dicho criterio ha sido erosionado matizando los parámetros valorativos con otros intereses en conflicto y flexibilizando, en ese tipo de delitos, el nivel de exigencia probatoria. Para el autor, criterio que compartimos, la versión racionalista de la apreciación de la prueba para enervar la presunción de inocencia exige siempre una corroboración periférica, independientemente de la cualidad de la víctima. Añade, además, que ningún instrumento internacional sobre la materia prevé

la víctima suponga hacerlo a expensas de los derechos del imputado.⁴²⁹ Una expresión de las dificultades que puede originar el protagonismo de la víctima, incluida ya en la agenda de la política criminal, es su intervención en la fase de ejecución del proceso penal, particularmente de la pena privativa de libertad.⁴³⁰

2.2.2. Estatus jurídico de la víctima en la legislación comparada.

2.2.2.1. Preámbulo: necesidad de la víctima de participar en el proceso.

En fecha no tan lejana como aquella en que se promulgó el vigente CP, la víctima era totalmente ignorada por el sistema penal.⁴³¹ El problema de la víctima trasciende la figura individual o colectiva del perjudicado.⁴³² Como se mencionó anteriormente, la víctima busca sobre todo su resarcimiento⁴³³, pero este término no significa siempre, ni siquiera la mayor parte

estándares probatorios distintos a los demás tipos delictivos. Lo que es preciso, y ciertamente este suele ser el talón de Aquiles de este tipo de delitos, son investigaciones solventes y rigurosas que aporten elementos incriminatorios suficientes.

⁴²⁹ Esta lectura, que trata de evitar la contradicción potencial, pero no necesaria, es realizada por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología. op.cit.*, p. 105, que reivindica la visión garantista de la Victimología, aunque versiones radicales de esta disciplina aboguen por ello. El autor entiende, por otro lado, que estas garantías tienen que darse también en formas desinstitucionalizadas de solución de conflictos, y en los procedimientos de mediación y conciliación.

⁴³⁰ En un aspecto importante de la ejecución de la pena, el criminólogo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología, op.cit.*, p. 142, ha criticado severamente la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que contempla la participación de la víctima en esta fase de la pena privativa de libertad y que el autor observa como una privatización y una perversión de los fines de la pena. Considera que el cumplimiento de la indemnización derivada del hecho delictivo, no debería otorgar a la víctima la capacidad de influir en la concesión del tercer grado penitenciario, o de la libertad condicional del penado, esfera ésta, que debería quedar desvinculada de la voluntad o del interés del perjudicado. La participación de la víctima en la fase de ejecución es estudiada por GÓNZALEZ PÉREZ, SARA, “La participación de la víctima en la ejecución”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia, op.cit.*, pp. 218-230. En relación a la novedad que supuso la previsión legal, vía el art. 13 EVD, de la participación mediante recursos de la víctima no personada contra algunas resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente en contra. Así SERRANO MASIP, MERCEDES, “Los derechos de participación en el proceso penal”, SERRANO MASIP, MERCEDES, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios de la Ley 4/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015*, pp. 126-127, considera que la idea de un Estado, titular y aplicador del *ius puniendi*, choca con la idea de que la víctima pueda interferir en la aplicación del castigo. En la misma obra TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, “Los derechos de las víctimas”, SERRANO MASIP, MERCEDES, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios de la Ley 4/2015, op.cit.*, p. 48, manifiesta que la decisión del Legislador español fue más allá de lo exigido, en ese sentido, por la Directiva 29/2012/UE, toda vez que ésta se limitaba a exigir a aquél el deber de información a la víctima en fase de ejecución, tratándose, pues, de una opción de política criminal que sobrepasaba el requerimiento europeo.

⁴³¹ Se quejaba el profesor, precursor en España de la Victimología, BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, “Las víctimas siguen olvidadas”, *Diario El País*, 24 mayo 1996, en esas fechas de que “el Código Penal desconoce la que hoy, en la doctrina internacional, es la piedra sillar de la justicia penal: el escuchar, entender y atender a las víctimas de la criminalidad. El reparar todos los daños que se les han causado. La mediación entre el delincuente y sus víctimas. Y, todo ello, desde la perspectiva de un nuevo e innovador concepto de víctimas que va más allá de la tradicional noción del sujeto pasivo del delito. Las víctimas (...) deben ser mucho más que convidados de piedra. Por justicia (no por caridad), podrán participar eficazmente durante el proceso; y no menos cuando se determine la sanción, la respuesta, al delincuente.” Desarrolla estas ideas de forma más elaborada BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, “El nuevo código penal de 1995 desde la Victimología”, *Revista Eguzkilore*, núm. 10/1997.

⁴³² Para el profesor argentino MAIER, JULIO, “La víctima y el sistema penal”, *op.cit.*, la cuestión de la víctima concierne al sistema penal, particularmente, a los fines del Derecho penal, y también a los medios que utiliza éste para alcanzar dichos fines.

⁴³³ En relación con el sistema de Justicia penal las víctimas tienen una serie de necesidades que desgrana GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “El nuevo Estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-24/2015, que las focaliza en: reconocimiento, ser tratadas con dignidad y respeto, ser protegidas y apoyadas, poder acceder a la justicia y obtener una indemnización por los daños y perjuicios padecidos. Respecto la primera de estas necesidades se trata de que

de las veces, una compensación de índole económica. En un plano más profundo, lo que la víctima pretende es reponer su dignidad⁴³⁴, atacada tras ser objeto de la infracción criminal, y para ello poder controlar el proceso, participando en el mismo, es importante.

Esa dignidad trastocada se puede reponer tratando de volver a la situación anterior a la comisión del delito, y para ello es fundamental que se vehicule su reparación material y económica con celeridad. No obstante, la víctima busca, además de estos dos principales objetivos, otros más: asistencia personal y protección frente al delincuente, información sobre sus derechos, detención, enjuiciamiento y condena del infractor, restitución de la cosa sustraída, el cumplimiento de lo acordado y, eventualmente, reconocimiento y solicitud de perdón por el victimario.

Por ello es importante que la víctima pueda participar en el proceso para tomar conocimiento y controlar las vicisitudes del mismo, puesto que no cabe duda de que ostenta un conjunto de intereses directos que se satisfarán o no según cómo se desarrolle el procedimiento y las consecuencias que tenga. Estas mismas razones son las que expone la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE COM (2011) 274 final, de 18 de mayo de 2011, sobre las necesidades de las víctimas en el sistema de justicia penal*: reconocimiento y ser tratadas con respeto y dignidad, ser protegidas y apoyadas, acceder a la justicia y obtener una reparación e indemnización efectiva por los daños y perjuicios sufridos.

2.2.2.2. Normativa internacional.

En las últimas décadas, el tratamiento jurídico de la víctima del delito se ha ido introduciendo en los ordenamientos jurídicos estatales y ha sido otra más de las cuestiones objeto de las políticas criminales de los gobiernos. A nivel internacional uno de los hitos más importantes que dio origen a este fenómeno fue el *IV Congreso de la ONU de Milán de 1985, en el cual se aprobó la Resolución 40/34 de Asamblea General de las Naciones Unidas, de 29 noviembre 1985 “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”*.⁴³⁵

en sus contactos con la Administración de Justicia, reciban de sus agentes un trato respetuoso, que se vean entendidos en su situación, y que si forman parte de colectivos especialmente vulnerables, se apure ese cuidado. La protección debe abarcar toda suerte de riesgos, incluyendo el de victimización secundaria. El apoyo se manifestará a través de distintas intervenciones de orden material o moral, ayudas prácticas, emocionales, jurídicas, y, sobre todo, mediante el suministro de información suficiente. El acceso a la justicia no implica únicamente su presencia en ella, sino la garantía de su participación, siendo debidamente asistidos e informados, al respecto. Finalmente, entre sus necesidades, se encuentra la que suele ser identificada, no siempre con acierto, como prioritaria: la de recibir una indemnización o compensación. La misma no debe ser entendida exclusivamente en términos económicos, sino que puede suponer reparaciones de otro tipo muy comunes en los procedimientos de justicia restaurativa.

⁴³⁴ En opinión del introductor de la Victimología en nuestro entorno jurídico BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, “*Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*”, *op.cit.*, pp. 37-38, lo que las víctimas desean es tener protagonismo, disminuir su sufrimiento y su dolor. En este sentido, SEELMANN, KURT, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 203-204, se interroga sobre la importancia que el conflicto tiene para terceros a quienes su solución, en términos de reconocimiento en el seno de la comunidad jurídica, tiene una trascendencia indudable.

⁴³⁵ El citado instrumento internacional define la víctima en su art. 1.a “Se entenderá por “víctima” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. La declaración, en su art. 2, realiza una matización muy importante

Esta Resolución reclama papel más activo de las víctimas en proceso penal, y señala principios mínimos que sobre esta materia deben establecer los sistemas penales; entre ellos restitución y compensación a las víctimas, y cuando sea posible, el uso de la mediación para lograr conciliación y reparación a aquéllas.

El contenido de la declaración es aplicable a cualquier persona “sin distinción alguna” (art. 3). El apartado segundo de la declaración trata del acceso a la justicia y trato justo, comprendiendo un total de cuatro artículos (4 al 7) en los que se recalca la idea del derecho de las víctimas a obtener una “pronta reparación del daño”, así como que los procedimientos para conseguirlo sean “expeditos, justos, poco costosos y accesibles”. Del mismo modo, se establecen previsiones acerca de los mecanismos para que los procedimientos judiciales y administrativos sean eficaces para atender las necesidades de las víctimas (art. 6).⁴³⁶

Finalmente, la justicia restaurativa hace acto de presencia en el art. 7, cuando la declaración prevé su utilización al mencionar que “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.

Poco después del anterior documento se promulgaron las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medias no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*, Resolución 45/110, de 14 diciembre 1990, que tienen por objeto promover una mayor participación de la comunidad en la justicia penal, y fomentar en los delincuentes su responsabilidad ante la sociedad y las víctimas.⁴³⁷

al respecto “(...) En la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

⁴³⁶ Resultan interesantes las previsiones del instrumento internacional sobre el contenido exigible en los procedimientos para que se adapten a las necesidades de la víctima, pues exige unos niveles de información, participación, asistencia y garantías, que después han tenido entrada en el ordenamiento europeo y español. El art.6, dispone: “6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia ;e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.”

⁴³⁷ En su artículo 1 estas reglas manifiestan que su objetivo es fomentar la participación de la sociedad en la justicia penal, el tratamiento del delincuente y que éste se responsabilice ante la sociedad, así como la disminución en lo posible de la pena privativa de libertad por otras de otro tipo. Esta Resolución, como después repiten otros textos europeos e internacionales al respecto (caso de la Recomendación nº R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, concerniente a la mediación en materia penal), considera que es preciso encontrar un equilibrio entre los intereses y derechos de la sociedad, del infractor, y de la víctima. Se puede acceder al contenido de las Reglas mínimas, en su versión castellana, en “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medias no privativas de libertad (Reglas de Tokio), Resolución 45/110, de 14 diciembre 1990”, *Revista Eguzkilore*, núm. 6/1993. El siguiente recurso electrónico institucional ofrece un resumen el contenido de dichas normas mínimas:

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/reglas%20tokio2.pdf>.

Las reglas son analizadas por OJEDA DE YNSFRÁN, DORIS, “Las Reglas de Tokio y su Interpretación acorde a las Reglas de Bangkok y Brasilia”, *Revista Jurídica Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 4/2014, estudiando su contenido, su forma de aplicación y su aplicación práctica en Paraguay.

Por último, es de destacar el estudio realizado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Comisión sobre Prevención criminal y Justicia Criminal) 11ª sesión, Viena 16-25 abril 2002, que efectúa un análisis de la justicia restaurativa y su papel en los sistemas penales, estableciendo los principios básicos para su uso.⁴³⁸

2.2.2.2. Normativa europea.

La primera impresión que nos produce la normativa sobre la víctima en la UE, nos muestra la complejidad y la divergencia de su estatus en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, exacerbándose esa dificultad cuando se trata de llegar a unos mínimos comunes homogéneos en su territorio.⁴³⁹ El interés por la víctima, en la UE, ofrece una doble proveniencia: la influencia de los EEUU en la materia, y las exigencias de la nueva sensibilidad procesal sobre los derechos de las víctimas. En la UE, en términos generales, la participación de la víctima en el proceso penal versa exclusivamente sobre el componente civil.

En relación al *iter* regulatorio de la UE en esta materia⁴⁴⁰, se puede señalar que, en un momento inicial la faceta que interesó a las instituciones europeas en relación a la víctima, fue la del resarcimiento económico: en ese contexto se sitúan las primeras regulaciones del Parlamento sobre protección a la víctima, la *Resolution on compensation for victims of acts of violence, de 13 de marzo de 1981*, y la *Resolución sobre la indemnización a las víctimas de los delitos violentos, de 9 octubre 1989*, que instaba a los estados a crear un sistema de indemnizaciones para supuestos en que la víctima no hubiera sido debidamente indemnizada. La Resolución subrayaba la necesidad de suministrar información a la víctima sobre sus derechos en el ámbito policial y judicial.

En los años 80 del siglo pasado, y en el seno de la Comisión europea, se elaboraron normativas incipientes protectoras de la víctima tocando aspectos relativos a las mismas. Así la *Recomendación (85) 11 del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985*, trató de evitar la victimización secundaria⁴⁴¹ marcando pautas a los estados miembros en orden a esa protección. Otro hito en la

⁴³⁸ Los antecedentes, principios, finalidades, composición de la ONU, SALTOS SALTOS, GIOCONDA, *Manual de Derecho Internacional Público*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito 2017, pp. 158-175. Otro estudio de esta organización MANDUJANO RUBIO, SAÚL, *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México 2019, pp. 91-111. El sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos es estudiado por ARÉVALO RAMÍREZ, WALTER, *Manual de Derecho Internacional Público: fundamentos, Tribunales internacionales y Casos de estudio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 239-261: en las últimas páginas mencionadas elabora un interesante cuadro del marco de instrumentos protectores entre los que se podrían ubicar los anteriormente expuestos. El estudio más exhaustivo, a nuestro modo de ver, que hemos consultado en relación con este organismo internacional es FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO, SÁNCHEZ LEGIDO, ÁNGEL, ORTEGA TEROL, JUAN MIGUEL, FORCADA BARONA, IGANCIO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch 2011, pp. 285-310.

⁴³⁹ En el trabajo realizado por PEÑARANDA LÓPEZ, ANTONIO, *Proceso penal comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia) Descripción y terminología*, op.cit., pp. 40-41, se pone claramente de manifiesto, desde su mera apreciación terminológica.

⁴⁴⁰ La evolución continua de la normativa de la UE tendente a la protección de la víctima es analizada por ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO. “¿Un pasito para adelante y otro para atrás? o sobre la agri dulce evolución en la protección de la víctima en la UE” AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, op.cit, pp. 689-719.

⁴⁴¹ La victimización secundaria ha sido definida por CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017, p. 284, como “aquella que deriva de la relación de la víctima

materia es la *Recomendación (87), de 21 del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, con consejos a los estados miembros sobre constatación de datos relativos a las víctimas, protección a las mismas y sus familias, así como derechos de información, y creación de servicios y estructuras para favorecer a aquellas.

Fruto de una comunicación de la Comisión sobre las víctimas de delitos en la UE del año 1999, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de marzo de 2001, sobre Víctimas de delitos en la UE, normas y medidas*, señaló, a principios del siglo XXI, un notable paso adelante para la protección jurídica a las víctimas.

Siguiendo el orden cronológico, la *Decisión marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001: 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, se considera, por la amplitud de su sistema de protección jurídica a la víctima, un jalón primordial como precedente en la materia.⁴⁴² Se pretendía que fuese la piedra angular sobre la que implementar una estructura en defensa jurídica de la víctima en Europa pero desafortunadamente resultó un fracaso -seguramente por su falta de taxatividad al tratarse de dicho instrumento-.⁴⁴³ Sin embargo, sirvió como detonante de normativa posterior de más alcance. El concepto de víctima para esta Decisión era restringido, pues excluía a los colectivos de víctimas, las personas jurídicas, o las denominadas indirectas, y ni siquiera comprendía a familiares o dependientes.⁴⁴⁴

El instrumento jurídico de la Decisión Marco tenía por objeto la aproximación de las normas legales y reglamentarias de los estados miembros, pero obligaba únicamente a éstos en el resultado, no en la forma, ni en los medios: el objetivo marcado era, como señalaba el considerando 4º, “ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con

con las disfunciones inherentes al funcionamiento institucional. De este modo, su confluencia con las organizaciones y profesionales encargados de procurarle asistencia y apoyo, gesta efectos alienantes que potencian los sentimientos adquiridos durante la comisión del delito.”

⁴⁴² A pesar del avance significativo que supuso este instrumento SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, “El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la UE”, AAVV, (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, op.cit.*, pp. 87-93 pone de manifiesto las sombras del concepto y sus debilidades.

⁴⁴³ ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español, op.cit.*, pp. 280-289, realiza un riguroso examen de lo que denomina fracaso relativo de la DM 2001/220/JAI. El autor, que valora positivamente el avance del instrumento, achaca el fracaso del mismo a diversas circunstancias que mostraban el común denominador del incumplimiento generalizado de los estados miembros para su implementación -como evidenciaron diversos informes realizados al efecto-. Además, las incorporaciones efectuadas por el instrumento resultaron, en muchos casos, incorrectas. El primero de los informes, encargado por la Comisión en 2004, hizo ver que la incorporación de la DM a los ordenamientos internos era insatisfactoria e irregular. Existían diferencias en torno al concepto y protección de “víctimas vulnerables”, tampoco todos los estados incorporaron correctamente la posibilidad de la víctima de ser oída y aportar pruebas al proceso. Igualmente, se observaron deficiencias en la aplicación del derecho a la información de la víctima y en el derecho de reembolso por los gastos generados en el proceso. Tampoco resultaban adecuadas ni la protección a las víctimas y sus familias, las indemnizaciones en el curso del proceso penal, los derechos de aquellas residentes en otros estados de la UE, ni la cooperación entre estados en esta materia, concluyéndose que no existía voluntad para su correcta implementación. Un segundo informe de 2009, elaborado igualmente con un estudio sobre el grado de cumplimiento artículo por artículo del instrumento, sumamente minucioso, confirmó las conclusiones del anterior. La implementación era insatisfactoria y no había conseguido armonizar la legislación de los estados miembros en la materia.

⁴⁴⁴ ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español, op.cit.*, pp. 272-273.

independencia del Estado miembro en el que se encuentre”. La Decisión marcaba la fecha de implementación no más allá de marzo de 2006 a los estados miembros.

La Decisión no articulaba propiamente un estatus jurídico concreto a la víctima del delito pero recogía una serie de exigencias a los estados, en relación con los derechos e intereses legítimos de aquellas, su dignidad personal, y, sobre todo, a lo largo de su articulado establecía pormenorizadamente una serie de derechos.⁴⁴⁵ A pesar de la importancia de la norma se considera que fue un fracaso,⁴⁴⁶ ya que ningún estado miembro la traspuso como era debido, y se le atribuyó un mero valor de recomendación: la propia Comisión consideró que su aplicación no había sido satisfactoria.

Aunque los criterios para catalogar víctimas podrían ser muy numerosos, se pueden distinguir a la luz del instrumento: las generales, las vulnerables y aquellas especialmente vulnerables. La vulnerabilidad, con todo, no es un concepto unívoco puesto que abarca aquellas víctimas que por ciertas circunstancias (edad, sexo, grado de desarrollo, enfermedad, entorno familiar etc.) se encuentran en una situación de desventaja con respecto a las demás y, por ello, necesitan una atención más intensa, puesto que el daño que pueden sufrir es mayor o incluso irreversible, lo que hace que, dentro de esta clasificación, pueda existir una gran variedad de supuestos. La gravedad del delito y sus circunstancias pueden incrementar, además, la vulnerabilidad precedente. Existe una etiología enorme de circunstancias de vulnerabilidad, así como un sinnúmero de colectivos a los que podría atribuirse dicha cualidad. La normativa europea ha distinguido los siguientes colectivos, probablemente considerando un valor estadístico en términos de vulnerabilidad: mujeres, menores y víctimas del terrorismo.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ La Decisión establecía los siguientes derechos: ser oído y presentar pruebas durante las actuaciones (art. 3), recibir información desde su primer contacto con las autoridades públicas con un contenido mínimo que se desarrolla (art. 4), comunicación en las fases importantes del proceso penal (art. 5), disponer de un asesoramiento específico y a la asistencia jurídica gratuita (art. 6), reembolso de los gastos que se le originen a la víctima como consecuencia de su participación en el proceso (art. 7), la protección de la seguridad e intimidad de la víctima, extensible a la de sus familiares o personas en situación equivalente (art. 8), indemnización a cargo del autor del delito (art. 9.2), devolución, salvo caso de necesidad absoluta a los fines del proceso, de los objetos restituibles aprehendidos de la víctima (art. 9.3), la mediación penal en el marco del proceso penal (art. 10), derechos especiales para las víctimas extranjeras (art. 11), derecho a la defensa eficaz de los intereses de la víctima mediante la adecuada cooperación entre los sistemas judiciales (art. 12), derecho de la víctima a ser apoyada y asistida por servicios públicos o privados financiados públicamente (art. 13), y derecho a no sufrir victimización secundaria (art. 15).

⁴⁴⁶ Lo más apropiado para una armonización del proceso penal europeo hubiera sido, según aduce GÓMEZ COLOMER, JUAN JOSÉ, “Víctima del delito y Europa”, *op.cit.*, hacerlo en el marco del Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950. De esa manera, se podrían haber establecido unas bases comunes, especialmente en la fase de investigación previa al juicio oral. Ahora bien, hasta el Tratado de Maastricht en 1992, que creó como tercer pilar de su estructura la cooperación judicial y policial penal, el marco no era suficiente. Bajo su criterio dos órdenes de razones lo impiden; la resistencia a ceder soberanía de los estados puesto que perder competencia en materia penal es contemplado como una gran cesión, y porque cualquier armonización conllevaría previamente definir en común una serie de puntos problemáticos, entre ellos el de la libertad.

⁴⁴⁷ En el caso de la violencia contra las mujeres, los diversos ítems internacionales y europeos, hasta su positivización en la legislación española, en relación a su protección son tratados por AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La víctima en la justicia penal*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 164-171. Un enfoque de fondo, abordando diversos ámbitos de esta problemática, sobre las asociaciones contra la violencia de género por CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, *op.cit.*, pp. 47-61. La profesora DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea”, AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 49-75, analiza las fortalezas y flaquezas del sistema europeo de protección a estos colectivos. El sistema, considerado en su conjunto, resulta muy positivo. Ahora bien, cuestiones como la debida armonización de los sistemas estatales, indemnizaciones transfronterizas, falta de coordinación en ciertas modalidades protectoras, y, fundamentalmente, ciertas fallas en el elenco de derechos reconocidos a las víctimas, o la importante cuestión de las eventuales consecuencias de la inobservancia durante el proceso de las garantías de la víctima. Sobre estos colectivos vulnerables puede consultarse una visión desde la victimología en

Con el comienzo del siglo XXI la UE irá promulgando una sucesión de Decisiones y resoluciones referentes a víctimas vulnerables, indemnizaciones a la víctima, y garantías para el acusado. En el primer apartado se encuadra la *Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)* que considera víctimas especialmente vulnerables de ese tipo de delitos a las mujeres y los niños, a la que substituyó la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril, sobre prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas*.

La violencia de género fue objeto de la *Resolución del Parlamento Europeo de 26 noviembre 2009, sobre eliminación de la violencia contra la mujer (2010/C 285 E/07)*, y la *Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2011 sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209 INI)*.

Otro colectivo vulnerable, el de los menores, fue objeto de la *Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*. Como recuerda el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas citado, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", por lo que debe protegerse de una manera especial. Este derecho, además, está recogido en el art. 24 de la *Carta de los derechos fundamentales de la UE firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000*.

Tras éstos, las víctimas de terrorismo fueron tratadas en la *Recomendación del Parlamento Europeo, de 5 septiembre 2001, sobre el papel de la Unión en la lucha contra el terrorismo*. En este ámbito, posteriormente, se promulgó la *Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI)*, modificada por la *DM 2008/919/Jai del Consejo de 28 noviembre 2008*: en ella dedicaba su art. 10 a la protección y asistencia a las víctimas, garantizando que los delitos de terrorismo se persiguiesen de oficio, y que las garantías contempladas en el Estatuto de la Víctima de la *DM 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001*, fuesen complementadas, "en caso necesario, (con) todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima". Existe, también, una amplia normativa internacional al respecto, destacando el *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, Nueva York 1997*, o el *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, Nueva York 1999*.

El aspecto económico de las consecuencias del delito fue regulado por Directiva 2004/80/CE del Consejo, sobre indemnización a las víctimas del delito en el marco transfronterizo. El objetivo que marcaba esta Directiva era que todas las víctimas de delitos en la UE deberían tener derecho a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios sufridos, con independencia del lugar de la Comunidad Europea en que se hubiera cometido el delito (considerando sexto), lo cual no es sino una consecuencia del derecho a la libre circulación de personas y servicios que rige en la UE. La Directiva establecía un sistema de mínimos en su artículo 17 e instaba a los estados miembros a la colaboración para conseguir que las víctimas

HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal, op.cit.*, pp. 138-141, añadiendo a las tres categorías enunciadas la de las víctimas de los abusos policiales.

de los delitos dolosos previstos en el instrumento recibiesen “una indemnización justa y adecuada” (art. 12).

Este creciente *corpus* protector de la víctima⁴⁴⁸ no significa que las garantías y derechos de los infractores sufran menoscabos, habiéndose dictado paralelamente diversa normativa sobre los derechos procesales de sospechosos e imputados.⁴⁴⁹

El régimen vigente de protección a la víctima en UE viene regulado por la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento y Consejo, de 25 octubre 2012, sobre normas mínimas sobre derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos*⁴⁵⁰, que sustituye a la *DM 2001/220/JAI*, cuya implantación, como se ha indicado, se malogró en los estados de la UE. Esta Directiva se completa con otra Directiva y un Reglamento, relativas a la orden europea de detención y al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil para fortalecer el espacio del libertad, seguridad y justicia, como objetivo del Tratado de Lisboa.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ El volumen de normativa al respecto era ya alto antes de la promulgación del EVD y la reforma consecuente de la LECr, según describe en su trabajo PLACHADELL GARGALLO, ANDREA, “La regulación de la situación de la víctima: ¿maremánum legislativo?”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo op.cit.*, pp. 796-834. La evolución de las líneas políticas de la UE en referencia a las víctimas de delitos es tratada por TAMARIT SUMALLA, JOSEP, “La política europea sobre víctimas de delitos”, AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea, op.cit.*, pp. 31-47. El autor analiza desde las primeras iniciativas del Consejo de Europa, a las más modernas de la UE.

⁴⁴⁹ Entre otras, *Directiva 2010/64/UE, el 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales, la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.*

⁴⁵⁰ El derecho a la participación en el proceso penal es una de las ideas rectoras de la Directiva 2012/29/UE, manifiesta GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal”, *op.cit.*, comprendiendo unas facultades básicas que cifra de manera muy sintética en: ser oídas y poder aportar prueba (art. 10), poder solicitar que se revise cualquier decisión relativa al no procesamiento (art. 11), contar con asistencia jurídica gratuita si son parte en el proceso, obtener el reembolso de los gastos de su participación en el proceso, y obtener una indemnización del infractor en un plazo razonable y la restitución de los bienes que hubieran podido ser incautados, así como mecanismos de cooperación internacional para facilitar dicha participación, o tomar parte en procedimientos de justicia restauradora. La autora DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, op.cit.*, pp. 386-440, reflexiona críticamente sobre algunos extremos de esta Directiva.

⁴⁵¹ El Tratado de Lisboa ha supuesto un hito importantísimo en la creación de un espacio de justicia en la Unión europea, especialmente en su dimensión relativa a las garantías procesales en forma de tutela judicial efectiva y proceso debido, según explica FAGGIANI, VALENTINA, “¿Hacia la “constitucionalización” de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa”, *Estudios de Deusto*, núm. 2/2012, que para la autora constituyen su “constitucionalización” a nivel de la Unión Europea. El Tratado de Lisboa significó un importante intento y armonización procesal y sustantiva en la Unión Europea, incidiendo en materias clave como la cooperación judicial y policial y el reconocimiento mutuo de resoluciones en asuntos transfronterizos. Lo más significativo, en opinión de LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, MERCEDES, *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 64-71, fue, no obstante, la creación de unos umbrales mínimos de garantías procesales, un “orden público europeo”, que se fueron plasmando en diversos instrumentos. El más importante de ellos fue el Libro Verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales de la Unión Europea de 19 de febrero de 2003, que no fructificó en Decisión alguna por falta de acuerdo. Éste llegó, finalmente con la promulgación de la *Directiva 2010/64/UE, del Parlamento y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales*, de ámbito más puntual, y a la *Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo de 22 de mayo relativa al derecho de información en los procesos penales*, completándose dicha normativa con la *Directiva 2013/48/UE del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre, sobre el derecho de asistencia letrada en los procesos relativos a la orden europea de detención, así como del derecho a informar a un tercero*. El Tratado incluía en su articulado previsiones tendentes a la promulgación por parte de la Unión Europea de posteriores instrumentos armonizadores de las infracciones penales y sus sanciones, es decir, competencias en materia de Derecho penal sustantivo (art.

Su art. 1.1 establece que la finalidad de la Directiva es “(...) garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales (...)”, es decir, información, protección y participación, son las ideas claves sobre cómo tratar a la víctima. El art. 2 ofrece una definición de quién se considera víctima “I) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, II) los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”. Se trata de unas normas mínimas que beneficiarían particularmente a las víctimas de estados miembros cuyo estatuto jurídico fuese más deficitario.

La idea de elaboración de la Directiva 2012/29/UE vino motivada por el fracaso de la DM 2001/220/JAI. El Consejo requirió a la Comisión y a los estados miembros que estudiaran el modo de mejorar la situación de las víctimas por distintas vías, lanzando la posibilidad de elaborar un único instrumento para tal efecto.⁴⁵² A consecuencia de ello, se creó la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento y Consejo, de 25 octubre 2012, sobre normas mínimas sobre derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos*, complementada con el *Reglamento (UE) n° 606/2013, de 12 de junio de 2013, del Parlamento y del Consejo, sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil*.

Las disposiciones de este último instrumento pueden ser muy beneficiosas para en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, y tienen por objetivo que un Estado miembro pueda ejecutar las medidas de protección a una víctima dictadas por las autoridades de otro estado miembro, independientemente del lugar del territorio de la Unión donde se encuentre esa persona.

La promulgación de esta Directiva se basaba en el art. 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE, que regula las normas mínimas que el Parlamento y Consejo europeos pueden establecer para “el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en materia transfronteriza” encontrándose entre las materias susceptibles de regulación “c. los derechos de las víctimas de los delitos...”.

El primero de estos textos establece un trato legal respetuoso mínimo y obligatorio hacia las víctimas por para los estados miembros, sin perjuicio de que puedan aumentar este nivel de garantía. Al igual que la DM 2001/220/JAI, que deroga, considera víctima a la “persona física que ha sufrido un daño o perjuicio directamente causado por una infracción penal”, pero, a diferencia de aquella, amplía su cobertura a los familiares de la persona muerta como consecuencia directa del delito.

Resulta interesante observar el criterio de evaluación de las víctimas que establece la Directiva 2012/29 en su artículo 22, al indicar se lleve a cabo por profesionales de forma individualizada, “atendiendo a las características personales de la víctima, el tipo o naturaleza

83.2), que la jurisprudencia del TJCE ha venido ratificando (sentencia 23 octubre 2007, asunto C-440/05). A juicio de la autora es precisamente la faceta creadora de Derecho Penal por parte de la Unión Europea, la aportación más relevante del Tratado de Lisboa.

⁴⁵² El tránsito concreto de la DM 2001/220/JAI a la Directiva que la sustituyó es detallado por ALONSO SALGADO, CRISTINA, *La mediación en el proceso penal, op.cit.*, pp. 80-86. En este trabajo estudia, fundamentalmente, la problemática que suscitaba el instrumento: confusión de derechos de la víctima e interferencia en derechos bajo justificación de un acuerdo extrajudicial.

del delito, las circunstancias del mismo y teniendo en cuenta también las eventuales relaciones entre víctimas e infractores. ...”. Los artículos 14 a 16 se ocupan de la reparación del daño y la indemnización por perjuicios, concluyendo que sin ella no existe una verdadera satisfacción de la víctima. El texto europeo atiende la justicia restaurativa, contemplando la mediación, y distingue tres grupos de bienes en el ámbito económico, que incluye como garantía para quien sufre el delito; restitución de los bienes incautados, derecho a ser indemnizado por los gastos originados a la víctima por su participación en el proceso penal, y derecho a un pronunciamiento sobre la indemnización de perjuicios a cargo del autor.

Aunque la Directiva no tiene aplicabilidad directa, ha supuesto un paso adelante muy relevante en la protección de la víctima. A pesar del balance sumamente positivo, se le han achacado fallos tales como la falta de sistemática, porque los considerandos, muy abundantes (72), no se corresponden con el articulado (32), ni tampoco la organización de derechos, dividida en tres bloques, debería estarlo, ya que todos deben ser enmarcados en el proceso penal para cobrar sentido. Por otra parte, hubiese sido más deseable que la Directiva estableciese unos mínimos en referencia a la forma de articular el estatuto jurídico de la víctima dentro del proceso penal, y no dejar esa cuestión a cada estado miembro.⁴⁵³

2.2.2.4. El estatus de la víctima en Derecho comparado.

2.2.2.4.1. El estatus de la víctima en Alemania.

Tras la II Guerra Mundial en Europa, comienza a notarse un cambio de tendencia al aumentar el interés por el sistema adversarial anglosajón⁴⁵⁴, frente al acusatorio formal del continente, pero no es hasta 1988 en Italia que se materializa de forma clara. En Alemania, en 1975, se produce una importante reforma procesal de la Ley de Procedimiento penal (StPO), al suprimir el juez de instrucción, y encargar la investigación criminal al Ministerio Fiscal. Sin embargo, no puede considerarse una implantación de un modelo adversarial, sino la de un modelo más ágil, efectivo y garantista, pero en el fondo, de cuño acusatorio-formal. La razón de la reforma fue teórica -no podía mantenerse la figura de juez instructor, de sesgo inquisitivo-, y práctico -no convenía dilapidar recursos públicos cuando el fiscal se podía encargar de la investigación, centrando los esfuerzos económicos en la vista oral-.

Una visión breve del proceso penal alemán arroja el siguiente resultado: como en casi todos los países, quien en la práctica realiza las investigaciones en el proceso penal es la Policía,

⁴⁵³ No obstante, la Directiva ha tenido una trascendencia capital como informadora del Derecho interno mejorando el estatuto de la víctima. Ha sido profusamente tratada en la doctrina. Al respecto pueden consultarse: ARMENTA DEU, TERESA, “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 44/2018.

⁴⁵⁴ Así lo asegura GÓMEZ COLOMER, JUAN JOSÉ, *El estatuto de la víctima*, *op.cit.* pp., 131-157, que, analizando las reformas introducidas en Alemania e Italia tras la II Guerra Mundial, concluye que solo en el país trasalpino se estableció un código procesal verdaderamente adversarial, a diferencia de Alemania, donde el sistema más bien se modernizó y agilizó tras la importante reforma de 1975. Este mismo autor realiza un magnífico resumen sobre la situación de la víctima del delito en Alemania: GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La víctima del delito en el mundo que más nos influye jurídicamente: una aproximación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, *op.cit.*, pp. 365-378.

si bien la Fiscalía puede ordenar diligencias de investigación⁴⁵⁵, pero solo el juez puede adoptar resoluciones de investigación limitativas de derechos⁴⁵⁶.

En el sistema alemán el Ministerio Fiscal detenta el monopolio de la acción penal (art. 234, ap.3 StPO) y del recurso (art. 296 y ss), y tiene amplias facultades para ejercitar el principio de oportunidad penal aunque casi siempre se precisa autorización del Tribunal (art. 153 y ss). Además, existe la institución de la “avenencia entre el tribunal y las partes” (*Absprache*), (art. 257 c), una negociación con el imputado de estilo anglosajón.

En el país del Rin, la víctima, en cuanto a participación en el proceso, se limita a efectuar la denuncia e intervenir, en su caso, como testigo, rigiendo el principio de oficialidad en la persecución penal, con algunas excepciones.⁴⁵⁷ Los protagonistas del proceso alemán son el fiscal y sus ayudantes: la Policía y el Juez de Garantías. El fiscal, órgano jerarquizado, no constituye Poder Judicial, pero tampoco es de naturaleza administrativa; su labor tiene como fin “la Verdad y la Justicia”, tramitando las solicitudes de persecución penal e investigando las denuncias que se le presenten, (art. 158). Desde esta perspectiva, no es “parte”, pues tiene que buscar circunstancias favorables o desfavorables para el acusado (art. 160 ap.2) -como ocurre con el fiscal español-. Actúa en representación de su órgano máximo y dirige la investigación penal, practica las pruebas, averiguaciones etc...

Solo en caso de peligro puede practicar actos limitativos de derechos tales como: ordenar detención provisional, secuestros, registros domiciliarios, obtención de datos personales, intervención de telecomunicaciones, autorización de infiltración de policías en bandas criminales, ordenar puestos de control y otras.

Junto con el fiscal participan en el proceso el Juez de Instrucción y la Policía. Esta última está obligada a ayudar al fiscal -al margen de la existencia de un cuerpo de policías auxiliares bajo sus órdenes (art. 152.2 StPO)-. Lo normal es que sea la policía quien realice investigaciones por su cuenta y después se las remita al fiscal, quien, en base al material suministrado, decide si ejerce la acción penal o archiva el proceso.

El Juez no es un juez investigador, sino de Garantías: las medidas que hayan de tomarse durante la investigación, y que puedan conculcar derechos fundamentales, tienen que ser autorizadas por él. Su función principal es asegurarse de que el procedimiento penal cumple todas las normas del Estado de Derecho. Es importante señalar que el juez de Garantías no tiene que valorar la pertinencia de la prueba solicitada por el fiscal, sino únicamente si es jurídicamente admisible o no (art. 162.3 StPO).

⁴⁵⁵ El art. 163 StPO regula el papel de la policía en la investigación preliminar, enunciando este artículo qué diligencias puede practicar por sí o con autorización judicial, o del Ministerio Fiscal, estas últimas en supuestos de urgencia por regla general.

⁴⁵⁶ A título meramente ejemplificativo, el art. 5 regula el trámite para afirmar la veracidad de la declaración por parte del testigo ante el juez; el art. 114 hace relación a la orden de detención; el art. 126 a la competencia para decisiones relativas a las posteriores a la detención preventiva; o el art. 161 a) a los recursos contra las decisiones de la Fiscalía que se pueden interponer ante el Tribunal.

⁴⁵⁷ Delitos solo perseguibles a instancia de parte, y otros que precisan autorización de un órgano político.

Además del fiscal y sus colaboradores, en el proceso alemán participa el acusado⁴⁵⁸, la persona a la que se le reprocha la comisión de la infracción criminal contra la que se dirige el Estado por medio del proceso. La víctima no participa en el proceso penal alemán, salvo, en general, como testigo. Sin embargo, hay algunas excepciones de participación.

Se trata, en primer lugar, del supuesto en que la víctima es actor privado en el llamado proceso de acción privada (*Primatklage*). Este tipo de acción, poco usada, solo se permite ante ciertos delitos leves de naturaleza personal, y que conlleven una pena privativa de libertad menor a un año. El perjudicado asume la misma posición que el Ministerio Fiscal en este procedimiento, al menos teóricamente, porque no dispone de los medios de éste para acometer una investigación. Las personas legitimadas activamente para interponer este tipo de acción son, además del ofendido, personas próximas que hayan sido perjudicadas por el delito. Esta acción privada no excluye eventualmente la del Ministerio Fiscal considera que el interés público puede estar afectado.

El segundo supuesto se produce cuando la víctima es actor accesorio en procesos de acción accesorias (*Nebenklage*). En esta modalidad el actor particular actúa al lado del Ministerio Fiscal, sumándose a él, pero disponiendo de facultades procesales mucho más limitadas que éste -especialmente en delitos graves-. Las prerrogativas del actor, en esta modalidad procesal, eran las mismas que las del actor privado, pero, paulatinamente, se han ido incrementando hasta llegar a ser hoy día la forma más importante que tienen las víctimas para garantizar su posición procesal. A diferencia de la anterior, esta modalidad está cobrando últimamente bastante importancia. Su objetivo es que el ofendido pueda controlar la actividad del fiscal, y así velar por sus intereses económicos. Algunas de estas facultades se han mostrado sumamente relevantes, tales como, por ejemplo, solicitar prueba, estar presente en la vista principal e interrogar a los testigos, declarar, y obtener del Estado el llamado “abogado de víctimas” e incluso el derecho a interponer recursos con independencia del Ministerio Fiscal, aunque con ciertas limitaciones. En la práctica, se ha convertido en una especie de preparación para la posterior reclamación civil. Los legitimados para interponer esta acción son la víctima directa del delito y los familiares más cercanos del fallecido.

La última forma de participación de la víctima en el proceso es en calidad de actor civil en procesos de acción civil o adhesiva (*Adhäsionsverfahren*, arts. 403-406 StPO).⁴⁵⁹ Esta modalidad consiste en el ejercicio de la acción civil derivada del delito dentro del procedimiento penal, siendo su justificación la de economía procesal y evitar pronunciamientos contradictorios. La persona legitimada para interponer esta acción es el ofendido, o el heredero del mismo. Tiene que tener una naturaleza económica y ser evaluable o cuantificable en esos términos: puede consistir en una indemnización dineraria o en la restitución de la cosa sustraída. Su uso ha ido en aumento, aunque ha topado con la dificultad de que en Alemania las sentencias para ser ejecutables tienen que determinar una cantidad líquida, siendo, a veces, difícilmente evaluable el daño hasta que transcurre un tiempo superior al del proceso, por lo que la reclamación se efectuaba después en la jurisdicción civil.

⁴⁵⁸ Denominado imputado durante la fase de investigación.

⁴⁵⁹ A diferencia de lo que ocurre en el proceso español, en el alemán la acción civil se configura como un elemento accesorio al proceso penal, que depende enteramente del perjudicado, sin que el fiscal pueda plantear la cuestión, recuerda MOSQUERA BLANCO, AUGUSTO JAVIER, “La acción penal y civil *ex delicto* en el Derecho Procesal español y comparado. Un análisis crítico”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56/2022.

2.2.2.4.2. Estatus de la víctima en Italia.

A diferencia de Alemania, en Italia se promulgó el *Code di Procedura penale* unos años después, concretamente, en 1988, tratándose de un código verdaderamente adversarial, una aproximación cercana al sistema norteamericano, aunque en momentos posteriores, debido a sentencias de la *Corte di Casazione* y la *Corte Costituzionale*, se abandonaron instituciones fundamentales del sistema norteamericano para volver a la tradición jurídica del país.

En Italia, desde su unificación, han estado en vigor cuatro códigos procesales diferentes. El primero fue el de 1865, de corte acusatorio formal francés, sucediéndole el de 1913, muy influido por el StPO alemán de 1875, el tercero data de 1930, denominado Código ROCCO, de carácter autoritario, motivo por el que, tras la reinstauración democrática, fue profusamente reformado hasta llegar al vigente de 1988. El balance histórico general de la posición de la víctima en Italia es negativo tanto durante el siglo XIX como el XX, no siendo hasta 2009 cuando se recoge el término *vittima* en la legislación procesal.

Los sujetos procesales en Italia son el Ministerio Fiscal y el acusado; la víctima no es parte. El único acusador en Italia es el Ministerio Fiscal, denominado allí *Pubblico Ministero*. Su situación es similar a la alemana, con la diferencia de que orgánicamente no depende del Gobierno, como en EEUU, Alemania o España, siendo la suya una posición realmente peculiar en el panorama internacional, como se vio en el capítulo I. El Ministerio Fiscal en Italia, muy resumidamente, ostenta el monopolio de la acción penal (arts. 50, 405, y 416 CPPI- y 112 CI 1947-), y de la instrucción del proceso penal (arts. 327 y 358 CPPI). Esta es su función más importante.⁴⁶⁰

Dispone, además, de la facultad de interponer recurso de apelación y casación, tanto de sentencias condenatorias como absolutorias (apartándose en este último caso del sistema adversarial). Además, entre sus funciones se encuentra la parte más importante de la ejecución de las resoluciones judiciales, (arts. 655 y 656 CPPI). Durante el proceso intervienen tres magistrados; el Juez de la Investigaciones preliminares, (arts. 279, 283, 294 etc.) el Juez del Tribunal de la Libertad, art. 309 CPPI, y el Magistrado de Vigilancia en la pena privativa de libertad (arts. 677 y ss CPPI).

La otra parte procesal en Italia es el acusado, denominado en la CI 1947 con ese término, y también con el de imputado o investigado. Goza de un conjunto de derechos constitucionales recogidos en los arts. 111.3 y 24 CI 1947. La CE se ha basado de hecho para su regulación en el artículo del mismo ordinal que la italiana.

La víctima en Italia, sin embargo, ha sido tradicionalmente olvidada en el sistema procesal penal.⁴⁶¹ Puede ser considerada desde dos perspectivas -con similar concepción que en

⁴⁶⁰ El art. 327 CPPI dispone *Il Pubblico Ministero, dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*, desarrollándose en los arts. 328 y ss. CPPI.

⁴⁶¹ Un resumen magnífico de la situación de la víctima en Italia lo realiza GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La víctima del delito en el mundo que más nos influye jurídicamente: una aproximación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, op.cit., pp. 378-389. En el caso particular de las víctimas necesitadas de una mayor protección, el magistrado de enlace de Italia con España, D’AGOSTINO, GALILEO, “El modelo francés

el proceso español- que tienen su reflejo procesal; como la persona (física, jurídica o sin personalidad) que ha sufrido las consecuencias del delito (*persona offesa dal reato*), o persona damnificada por el delito (*persona danneggiata dal reato, parte civile*). Puede tratarse de un daño material o moral. Normalmente ambas cualidades convergerán en un mismo sujeto.

La persona ofendida por el delito, como se ha indicado, no es parte en Italia, considerándose, no obstante, sujeto procesal. En ciertos delitos es el ofendido quien tiene que ejercitar la acción penal, aquellos excluidos al Ministerio Fiscal, y, por tanto, ejercitables solo privadamente (art. 152 Código Penal Italiano -en adelante, CPI- y arts. 336-340 CPPI). Ostenta algunas facultades en relación al proceso, como son investigar privadamente las circunstancias del delito durante el tiempo en que el Ministerio Público decide si acusa o no (arts. 101, 327bis, 391bis y ss CPPI), cesando esa facultad en el momento que decide asumir la causa. La víctima puede, también, oponerse al archivo solicitado por el Ministerio Fiscal al Juez en la audiencia existente para ello. El art. 90.1 CPPI autoriza al ofendido por el delito a dirigir al Juez y al Ministerio Fiscal escritos (art. 394 CPPI). Finalmente, dispone de otra facultad: cuando ni la Policía ni el Ministerio Público han citado al ofensor, en caso de delitos perseguibles a instancia del ofendido, recurrir ante el Juez de Paz para que cite a aquél a un procedimiento de mediación, que, si se ventila sin éxito, o si el ofensor no comparece, puede dar paso a una acción civil sin participación del Ministerio Fiscal, similar a la alemana que ya se ha visto.

Por otra parte, el perjudicado por el delito puede serlo, tanto en sentido material, como moral, y puede constituirse como parte civil -por medio de abogado y procurador (art. 78 CPPI)-, siempre y cuando el Ministerio Fiscal haya ejercitado la acción penal. Es importante señalar que el Ministerio Fiscal carece, por completo, de la competencia de ejercitar la acción civil del perjudicado. Los legitimados activamente para interponer tal acción son los perjudicados por el delito o sus herederos (art. 74.1 CPPI), pudiendo reclamar la restitución de la cosa sustraída y la indemnización de daños (art. 185 y ss CPPI). Existen varias posibilidades de articular la acción civil dentro del proceso penal, previstas en el art. 75 CPPI, que contemplan simultáneas o efectuar incorporaciones o salidas de la acción civil en el proceso penal. La sentencia del juez penal, en caso de ser condenatoria, puede estimar o no la reclamación civil del perjudicado, debiendo ser líquida en caso estimatorio.

Los derechos de las víctimas quedan, pues, reducidos fundamentalmente a participar en el proceso como parte civil.⁴⁶² No obstante, el art. 90.1 CPPI establece una serie de derechos del ofendido relativos a información, solicitud y realización de alegaciones, y a participar en el procedimiento, y aunque sea limitadamente, también a proponer prueba e impugnar resoluciones. Adicionalmente, otros artículos enumeran otros derechos de la víctima del delito, de más difícil clasificación, tales como la asistencia a la práctica de diligencias irrepetibles o el de saber cuándo y dónde se celebrará el juicio (arts. 335.3, 369, 408.2, 410 y 419 CPPI). El reto

de víctimas especialmente vulnerables” AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea, op.cit.*, pp. 525, realiza un estudio al respecto, donde alude a la conocida cuestión prejudicial del caso *Pupino* ante la Corte de Luxemburgo.

⁴⁶² Como consecuencia de la trasposición de las directivas europeas en el ordenamiento jurídico italiano, los derechos de las víctimas en ese país han mejorado, como describe FAGGIANI, VALENTINA, “La trasposición de las directivas sobre derechos procesales en Italia”, AAVV, (Coord. VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la UE*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, pp. 235-251, tratando acerca de las Directivas 2010/64/UE, sobre derecho a intérprete y traductor, la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a información en los procesos penales, y la Directiva 2013/48/UE, sobre normas mínimas sobre el derecho a asistencia letrada en los procesos penales y orden europea de detención.

actual con que se enfrenta el ordenamiento jurídico del país trasalpino consiste en poner en funcionamiento la normativa de origen europeo sobre el estatus de la víctima, en particular la Directiva 2012/29 o dar satisfacción a los casos de colectivos de víctimas sensibles como las de agresiones sexuales, acoso, o menores.

2.2.2.4.3. Estatus de la víctima en Francia.

El Código Procesal francés de 1959 (*Code de Procédure Pénale*, en adelante, CPPF), modificado en innumerables ocasiones y respetuoso con todas las garantías procesales propias de un estado de derecho democrático, está caracterizado por el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, la existencia de juez instructor y los principios de presunción de inocencia, derecho de defensa, contradicción, igualdad, celeridad y publicidad, así como por la valoración incipiente de la figura de la víctima.

Francia, como estado miembro de la UE participa de un fondo inmaterial común en relación al proceso con el resto de tradiciones jurídicas europeas, al menos sustancialmente: independencia judicial, publicidad de los procesos, y tutela judicial efectiva y, tal como ocurre en todos los ordenamientos, trata de mejorar el estatus de la víctima.

En Francia, el juez vela para que se garanticen los derechos de las víctimas, asentados en cuatro pilares: derecho a poner en marcha el procedimiento y asociarse con tal fin, derecho a ser informado y a intervenir en el proceso, derecho a indemnización, y existencia de un juez para las víctimas. La víctima puede constituirse como parte civil con límites en la investigación, no pudiendo impugnar los aspectos penales.

El derecho de la víctima a poner en marcha el procedimiento, supone que, si el fiscal no actúa una vez efectuada la denuncia, la víctima tendría derecho a desencadenar la persecución penal, instando al tribunal a que cite directamente al infractor, consignando, eso sí, una cautela para evitar actuaciones abusivas. La víctima, además, puede constituirse como parte civil y asociarse a la persecución llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, pero su actuación estará limitada únicamente al aspecto civil del asunto.

El derecho de la víctima a ser informada y a participar en el proceso comprende un aspecto general, consistente en la información que se suministra a la ciudadanía al respecto, y otro aspecto específico, referido al procedimiento, en concreto, en el que se vea involucrada la víctima, sobre cuya situación es informada por el juez de instrucción y que versará sobre la evolución de aquél.

El derecho a obtener una indemnización está especialmente bien diseñado en el sistema francés. Se trata de una cuestión capital para considerar que la víctima obtenga una reparación rápida y eficaz y, para ello, en Francia se ha creado una institución, la Comisión de Indemnización de las Víctimas de Infracciones penales (CIVI), con oficinas ubicadas en los Tribunales de Gran Instancia (*Tribunal de Grande Instance*), a lo largo del país, y constituidas por dos magistrados y un asesor técnico vinculado a las víctimas. Es un organismo autónomo de los tribunales al que pueden acudir víctimas que hayan quedado en situación grave, cuando el autor sea insolvente o no haya sido identificado.

La indemnización puede ser total, en casos de delitos graves, o parciales, en función de determinados parámetros con el común denominador de tratarse de situaciones de vulnerabilidad de la víctima. Existe otro organismo, el *Service d'Aide au Recouvrement en faveur des Victimes d'Infractions* (SARVI) previsto para víctimas que se hubiesen constituido en parte civil y que, sin embargo, no hubieran sido resarcidas económicamente. El organismo otorga ayudas económicas totales o parciales, con máximos legales establecidos, que después repetirá al condenado⁴⁶³. Otro órgano existente para este fin es el Juez de las Víctimas, creado en el año 2007, para atender, de forma integral, a los perjudicados de delitos, cuyo cometido principal es velar por el debido equilibrio de los derechos de las partes en el proceso. Igualmente, existen en Francia, Oficinas de Asistencia a las víctimas en cada demarcación administrativa sede de los Tribunales de Gran Instancia.

De lo visto se deduce, como primera conclusión, y en el plano teórico, que el sistema español de protección a la víctima es más satisfactorio que el francés. Sin embargo, en Francia una gestión eficaz de la actividad jurisdiccional puede hacer que se logre con más facilidad el efecto que se desea, incidiendo de forma decidida en la celeridad, atención integral y materialización sin tardanza de las indemnizaciones, mediante organismos creados a tal efecto. Del mismo modo, el ordenamiento francés también apuesta por formas de justicia restaurativa, que redundan en mayor satisfacción de las víctimas.⁴⁶⁴

2.2.2.4.4. Estatus de la víctima en Estados Unidos.

En la Constitución de EEUU de 1787 no existe mención ninguna a la figura de la víctima, lo cual resulta lógico dada su brevedad y antigüedad. El estatus de la víctima se encuentra recogido, fundamentalmente, en la regulación de los estados, aunque también en regulaciones federales. En EEUU coexisten 52 legislaciones (federal, 50 estatales, y una para el Distrito de Columbia). Históricamente, en el derecho anglosajón la situación de la víctima ha sido muy precaria; tras la presentación de su denuncia acababa su relación con los tribunales, y no le resultaba posible defender sus intereses; tan solo le era posible una reclamación civil una vez dictada sentencia. No es casualidad que desde mediados del siglo XX surgieran pues, movimientos a favor de las víctimas con introducción de reformas para su mejora.

⁴⁶³ En Francia, en efecto, existe un organismo con el carácter de tribunal civil, explica DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa, Association de recherches pénales européennes (ARPE)*, op.cit., p. 280, que concede indemnizaciones a víctimas de delitos graves (terrorismo, contra la vida o la integridad física, agresión sexual, y, en cierta grado, a las de robo, estafa, o abuso de confianza, recuerda), incluso, por el totalidad de la cuantía indemnizatoria, por parte de un fondo de garantía. Ello, sin perjuicio de que, posteriormente, el Estado repita en el infractor (arts. 7 y ss CPP francés). El mecanismo de reparación del país galo, reflexionan las profesoras GRANÉ CHÁVEZ, AUREA, SOLETO MUÑOZ, HELENA, *La eficacia de la reparación en el proceso penal a través de las indemnizaciones*, op.cit., p. 23, es de los más perfectos a nivel de derecho comparado, pues, manifiestan que ni siquiera resulta preciso que haya sido identificado el agresor, tratándose, además, de trámites sencillos y abarcando, tanto delitos por terrorismo, como, en general, cualquier tipo. La magistrada francesa DAVO, HÉLÈNE, “El modelo francés de víctimas especialmente vulnerables”, AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea*, op.cit., pp. 536-540, analiza las reformas legislativas en el país galo tendentes al reforzamiento de la protección de los colectivos vulnerables mediante endurecimientos penales, con resultados, manifiesta, negativos.

⁴⁶⁴ Ver en este sentido, el trabajo de ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, “El estatus de la víctima del delito en el ordenamiento francés. El origen, las tendencias y las reformas procesales más recientes”, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, op.cit., pp. 316-331. Una breve mención a los sistemas públicos de ayudas en Derecho comparado los trata PEÑA DÍAZ, ALBA, “La indemnización a las víctimas en el Derecho comparado”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, op.cit., pp. 647-648.

La razón de la exclusión del proceso penal de la víctima tiene una raíz constitucional en EEUU. Según la Constitución de este país, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción pública, no puede haber ningún otro acusador. Se sostiene también que el derecho constitucional a un juicio justo (*fair trial*), exige que exista equilibrio entre una parte acusadora y una acusada, algo no posible con la concurrencia otros acusadores, perjudicando la integridad del tribunal y del procedimiento. La exclusión de la víctima no deviene, en puridad, de ninguna disposición legal ni constitucional expresa, sino que se basa en razones históricas y contextuales. Si algún papel tenía la víctima hasta el último tercio del siglo XX era el de tercero, el de testigo.⁴⁶⁵ Tan solo tras las últimas mejoras en sus derechos, se puede decir que constituye un “tercero peculiar” en el proceso.

En la fase de investigación del proceso norteamericano, de carácter administrativo y llevada a cabo por la Policía,⁴⁶⁶ la víctima contaba con unas prerrogativas muy limitadas solo en cualidad de testigo, caracterizándose más por las que no tenía; ni a ser informada de los derechos que le tutelan; ni a realizar un seguimiento de la investigación hecha por la policía o de lo actuado por el Ministerio Fiscal. Tampoco era oída en la negociación para declarar la culpabilidad o *Guilty Plea*. Si tenía obligación de declarar a instancia de parte, pero normalmente ni el fiscal ni el defensor la citaban por cuestiones de estrategia. En la fase de juicio oral (*adjudication*), hasta fechas muy recientes la víctima ha sido un sujeto ausente, sin más poder de participación que el de declarar como testigo cuando eventualmente era citado para ello, pero, por lo demás, sus vías de comunicación con el tribunal o fiscal eran inexistentes y no podía constituirse siquiera como parte civil.

Hasta los años finales del pasado siglo, en el proceso penal, la víctima tan sólo podía participar en relación con la restitución de la cosa de su propiedad (hurtada, robada o apropiada indebidamente). En tal caso la eventual restitución tiene naturaleza jurídica de pena.

Para su resarcimiento moral o económico tenía que interponer un juicio civil, que podía promover antes o después del juicio penal, aunque lo normal era hacerlo después por resultar más fácil ganarlo. En EEUU, por otro lado, el proceso civil es más beneficioso para las víctimas porque las exigencias probatorias en materia civil son más laxas que las penales, el grado de evidencia que se precisa para una y otra es muy diverso, incluso considerando las complicadísimas y casuísticas reglas probatorias (*rules of evidence*), anglosajonas.⁴⁶⁷ Además, si el juicio penal ya ha concluido y se ha saldado con sentencia condenatoria, ésta es admisible como prueba en el proceso civil, siendo muy sencillo obtener en tal caso la indemnización.

Hay que considerar, además, la concurrencia otros factores que han hecho que en los últimos tiempos la acción civil haya cobrado un gran impulso: es posible demandar, no solo al autor de la infracción, sino también a terceros con cierto grado de responsabilidad sobre el

⁴⁶⁵ Obligación de declarar cometiendo en caso contrario desacato.

⁴⁶⁶ Valga la matización de que el proceso penal norteamericano no está tan claramente estructurado como el continental.

⁴⁶⁷ el célebre caso O. J. SIMPSON, absuelto penalmente el 2 de octubre de 1995 de un delito de homicidio, es relatado por GÓMEZ COLOMER, JUAN JOSÉ, *El estatuto jurídico de la víctima del delito, op.cit*, p. 69 que recuerda cómo dos años después resultó condenado por un tribunal civil a pagar 35,5 millones de dólares, por “muerte antijurídica”; la clave para entender esta contradicción reside en el distinto grado de convencimiento necesario para crear la convicción en un proceso penal o civil; así mientras en el primero rige la regla “más allá de cualquier duda razonable” en el segundo es la de la preponderancia, la máxima “es más probable que sea así a que no”.

resultado dañoso, bien porque deberían haberlo previsto o garantizado que no ocurriera, elucubración ésta que se basa en la doctrina de los llamados “deberes de cuidado razonable” (*Duties of Reasonable Care*), y que ha sido amparada jurisprudencial y legislativamente.⁴⁶⁸

Como balance de este sistema de resarcimiento, se puede concluir que la imposibilidad de acumular acciones supone una falta de prontitud de la justicia, y adicionalmente, una pérdida económica para el perjudicado por el tiempo que permanece sin resarcir.

A partir de 1970, cuando los movimientos de víctimas comenzaron a surgir y organizarse, hartos de ser ignorados, empezaron a producirse cambios en el anterior estatus jurídico de la víctima. Éstas consideraron que tenían derecho a ser repuestas a la situación anterior al delito, y que la jurisprudencia y la ley debían cambiar para que ello fuera posible. Surgió entonces el que ha sido llamado “movimiento de las víctimas” (*Victim’s Movement*), que se desarrolló en los mismos años que la corriente por los derechos civiles (*Civil Right’s Movement*). Esta época coincidió, además, con la presidencia del TS de EEUU del juez WARREN que contribuyó a afianzar los derechos de los ciudadanos ante la Administración de Justicia.⁴⁶⁹ Este estado de opinión caló en los políticos y comenzaron a desarrollarse normativas en favor de las víctimas. En 1982 el presidente REAGAN creó una comisión con el objeto de estudiar la situación de las víctimas en el proceso penal y proponer mejoras (*President’s Task Force on Victims of Crime*). Dicha comisión elaboró una serie de recomendaciones (*Final Report*), entre las que se señalaban la necesidad de acometer reformas legales para que la víctima tuviese presencia en el proceso penal, y fuera informada del desarrollo de las investigaciones y la acusación por la Policía y la Fiscalía. De esta suerte, durante las siguientes décadas, fueron promulgándose, progresivamente, leyes federales y estatales protectoras de los derechos de las víctimas. A nivel federal, sin embargo, no ha prosperado ninguna enmienda constitucional para introducir los derechos de las víctimas.

A pesar de ello, en 2004, fue promulgada la *Crime Victims’ Rights Act*, Ley sobre los derechos de las víctimas del delito, muchas de cuyas normas resultaron luego incorporadas a las *Federal Rules of Criminal Procedure* de 2008. Los estados, por su parte, han ido elaborando leyes en el mismo sentido, contando la mayor parte de ellos regulaciones sobre los derechos de las víctimas y la pena de restitución, así como instaurado sistemas de compensación y servicios de atención a aquélla. En la práctica judicial, los principios del proceso debido (*Due Process*), y del proceso justo (*Fair Trial*), están siendo interpretados a la luz de la nueva concepción de la víctima, otorgándole un protagonismo mayor y tratando lograr la protección de sus derechos.

⁴⁶⁸ En EEUU la reparación e indemnización de los daños sufridos por el delito no se contempla, como en Europa, como responsabilidad civil derivada del delito. Ésta ha de ser instada en un procedimiento civil en el que las reglas probatorias son menos rigurosas. En la completísima monografía de GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, PÉREZ CEBADERA, MARÍA-ÁNGELES, “Los sujetos y las partes procesales”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, p. 178, se pone de manifiesto cómo basta la “preponderancia” (*Preponderance of Evidence*) para estimar una reclamación civil, es decir, un convencimiento de más del 50% del juez o Jurado, en tanto que para una condena penal el convencimiento ha de ser de más del 95% (lógicamente, se trata de una medición de la persuasión).

⁴⁶⁹ Paradójicamente, en el país de las libertades públicas e individuales, no fue hasta los años sesenta del pasado siglo cuando las garantías del debido proceso se extendieron a los procesos penales de los estados, y ello tras una tortuosa incorporación tal como puede leerse en GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “El Estado federal norteamericano, sus claves internas y las características esenciales de su proceso penal”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, *op.cit.*, pp. 45-46. No fue hasta la época en que ejerció este magistrado, cuando se garantizaron los derechos fundamentales procesales, en la llamada época del garantismo judicial (pp. 347-348).

Tras las reformas aludidas, en la fase de investigación los derechos de las víctimas se centran en la información que debe suministrar por la Policía. Posteriormente, cuando las investigaciones pasan al fiscal, para que acuse y comienza el proceso penal, es donde se ha avanzado más en cuanto a participación de la víctima. Ésta tiene derecho a intervenir en la negociación sobre la declaración de culpabilidad entre el abogado defensor y la Fiscalía. Después, en la fase del juicio oral, como se ha visto, su única posibilidad de participación es hacerlo en cualidad de testigo. Tras la disolución del Jurado ⁴⁷⁰ el Juez que imponía el veredicto escuchaba a la acusación y al acusado. En dicho trámite podía escuchar, y en la práctica así se hacía, a la víctima. Sin embargo, la situación ha cambiado debido a resoluciones jurisprudenciales que, actualmente, obligan a la víctima a dar su opinión ante el Jurado.⁴⁷¹

En la fase de ejecución, normalmente, aquélla no tiene ninguna participación, excepto en la libertad condicional (*Parole*), donde puede expresar su opinión al respecto.

Recapitulando, los beneficios experimentadas por la víctima, tras las reformas antedichas, son: la mejora de su derecho a la información sobre trámites y actos procesales de su interés⁴⁷², en segundo lugar, la posibilidad de comunicar al fiscal cuestiones sobre las decisiones más importantes que le afecten y, en último lugar, la mejora del derecho a ser oída en algunos trámites que se consideren relevantes para su posición jurídica: así, en algunos estados, ser oído antes de tomar cualquier decisión crítica en el proceso, o comunicarse con el Ministerio Fiscal⁴⁷³ con el Tribunal o con otras autoridades, e incluso con el acusado, como ocurre en programas de mediación. Adicionalmente, se pueden reseñar mejoras en el estatus de la víctima, tales como el derecho a ser oída en ejecución de la pena impuesta al agresor tras la emisión del *Final Report*. Esta práctica existía en algunos pocos estados, y consistía en escuchar a la víctima, que se encontraba presente, en la audiencia del trámite de concesión de la libertad condicional (*Parole*). Posteriormente, se extendió con carácter generalizado, y en la actualidad, dicho derecho está vigente en el sistema federal de libertad vigilada (*Supervised Release*).

Además de estos bloques de derechos, se ha sumado el reconocimiento a un juicio rápido y estar presente en la práctica de las diligencias orales, pero, sobre todo, en la vista oral, dado su especial interés para comprobar el funcionamiento del sistema penal -salvo, lógicamente, si comparece como testigo-.

Hay que mencionar, por último, dos instituciones procesales norteamericanas clave, en las que, tras las últimas reformas, la víctima ha adquirido mayores derechos: se trata de la negociación sobre la declaración de culpabilidad (*Plea bargaining*) y la participación de la

⁴⁷⁰ Si el acusado no había renunciado a él, cosa posible en los EEUU.

⁴⁷¹ Se trata de una mejora respecto a la negativa posición de la víctima en el sistema norteamericano, consistente en su intervención durante la fase de la determinación de la pena, una vez el Jurado ha emitido su veredicto de culpabilidad, mediante una declaración (*Victim Impact Statements*) en la que se pronuncia valorativamente sobre una serie de extremos planteados por el Juez, y tocantes al impacto físico, moral, económico, así como a su opinión sobre qué pena debería imponerse: GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, PÉREZ CEBADERA, MARÍA-ÁNGELES, “Los sujetos y las partes procesales”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, op.cit., pp. 174-175.

⁴⁷² A nivel federal, aun sin enmienda constitucional, se ha llevado a la práctica también la puesta a disposición de las víctimas de esa información.

⁴⁷³ Especialmente en supuesto de retirada de la acusación.

víctima en la fase de determinación de la pena (*Victim impact statements*). El primer caso se trata de un mecanismo procesal en el que, cumplidos ciertos requisitos, la Fiscalía y el acusado pueden negociar una conformidad que, usualmente, reduzca la pena al infractor, a cambio de que éste declare su culpabilidad. Se calcula que el 90% de los procesos penales, por lo menos, se despachan por este trámite.⁴⁷⁴ Es obvio que la víctima tiene interés en que no se produzcan impunidad o acuerdos injustos, no obstante, el grado de intervención es muy variable entre los diferentes estados. En el segundo supuesto, relativo al momento procesal ocurrido tras el veredicto del Jurado y antes de que el Juez haya dictado su sentencia, las víctimas han visto mejorado su estatus por el hecho de tener que ser escuchadas, aunque, la práctica, contenido y efectos de este derecho de participación, existente a nivel estatal y federal, es, empero, desigual.

Existe, además, una vía subsidiaria de tipo administrativo, prevista para cuando la reparación judicial no ha tenido lugar, y que se nutre de programas de ayuda de fondos públicos. La víctima no tiene sino una expectativa de derecho a ser compensada, y no puede reclamarlo judicialmente. Suelen ser cantidades no muy elevadas, principalmente dirigidas a ciertos colectivos, sobre todo, familiares de fallecidos por delitos o víctimas con graves lesiones o secuelas. No es preciso que el infractor haya sido condenado para poder recibir estas ayudas. En la práctica, la falta de información, la escasa cuantía de las ayudas y la gran demanda de las mismas, hace que sea un sistema ciertamente ineficaz.

Se puede concluir con todo lo expuesto, que la víctima es una debilidad del sistema adversarial⁴⁷⁵, y que su estatus deja de estar lejos de un ideal participativo y democrático, aunque, ciertamente, haya mejorado en las últimas décadas: la víctima se encuentra fuera del proceso, el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal, la Constitución americana no recoge ningún derecho a la víctima, y éstos se encuentran, sobre todo, contemplados en la normativa estatal y, solo parcialmente, federal. Por último, la doctrina y jurisprudencia, rechazan la participación de la víctima como parte procesal porque ello iría en contra del derecho constitucional al proceso justo (*Fair Play*).⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Una precisión de vital importancia para contextualizar el sistema norteamericano la realiza ARMENTA DEU, TERESA, *Sistemas procesales penales: justicia penal en Europa y América: ¿un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid 2012, (Capítulo I, Sección III, punto 2), al informar, al inicio de su estudio sobre el modelo procesal penal de aquel país, que apenas se aplica a un 2% de su criminalidad. La razón que aduce es que resulta imposible aplicar el sistema al volumen de delincuencia motivo por el cual el método real de lucha contra el delito es el *bargaining*.

⁴⁷⁵ Esta circunstancia es desarrollada por HERRERA MORENO, MYRIAM. *La hora de la víctima. Compendio de Criminología*, *op.cit.*, pp. 269-273, que expone la idea de que la satisfacción de los intereses de la víctima no vendría, tanto por su participación en el proceso, sino por la prestación de deberes asistenciales hacia aquélla por parte del Estado. La diferenciación la hace en base a los modelos continental y anglosajón, pero resulta evidente que el estado de la cuestión ha variado muchísimo desde la fecha de la obra, 1996. En la actualidad, se ha apostado en el derecho continental, como se ha tenido ocasión de comprobar, por la participación del sujeto pasivo del delito en el proceso penal con una carta básica de derechos victimales, plasmada en instrumentos de Derecho europeo, en el EVD, y en las modificaciones efectuadas al tenor de éstos.

⁴⁷⁶ Según interpretan, en el Derecho norteamericano el Ministerio Fiscal tiene la exclusiva de la acción penal, por lo que la inclusión de más partes desequilibraría la igualdad de armas con que ha de contar el acusado: se produciría así un desequilibrio en la investigación y prueba que podría arruinar la imparcialidad. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, PÉREZ CEBADERA, MARÍA-ÁNGELES, "Los sujetos y las partes procesales", AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, *op.cit.*, p. 169.

2.2.3. Estatus de la víctima en la vigente legislación española.

Como veremos, en España ya antes de la promulgación del EVD en el año 2015, se habían promulgado leyes de protección de ciertos tipos de víctimas. No obstante, lo característico del procedimiento penal español es que la posición procesal de aquella, en términos de Derecho comparado, es muy positiva.⁴⁷⁷ Evidentemente, el perjudicado u ofendido por el delito, es una víctima, pero en el sentido al que se refieren los textos internacionales y europeos que se han examinado, la primera manifestación legal en España al respecto fue la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual,⁴⁷⁸ en donde se recogía un listado de derechos de las víctimas de los mencionados delitos. El objetivo de dicha ley era otorgar a las víctimas de estas infracciones penales un conjunto ayudas, y, asimismo, obligar a la Administración a informar de dichos derechos. Le siguió la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor modificando numerosos preceptos del CC.

Posteriormente, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección integral contra la violencia de género, (en adelante, LVG) contempló un conjunto muy extenso de medidas de apoyo a las víctimas, que la propia ley, en su art. 1, define como aquellas mujeres sobre quienes se ejerce violencia por parte de “quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Finalmente, con anterioridad al EVD, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo, completó la regulación protectora de la víctima.⁴⁷⁹

A pesar de estas herramientas, la satisfacción a la víctima en el sistema penal deja mucho que desear. Es cierto que se ha avanzado, que las víctimas se han hecho ver, pero su restitución no se ha materializado. En cualquier caso, la satisfacción de la víctima sigue teniendo su debilidad en la indemnización económica, más que en otros elementos referentes a la restitución psicológica o moral, aspecto aquél sobre el que incide la regulación vigente configurando, normativamente, una visión reduccionista de la justicia restaurativa que tiene, sin embargo, un componente simbólico moral muy elevado.

En España, a fecha actual, existen varios tipos diferentes de procesos penales, varios ordinarios y varios especiales. Tomando como referencia el abreviado, el más utilizado,⁴⁸⁰ y considerando que el procedimiento ordinario tiene carácter supletorio del mismo, se puede ofrecer una referencia adecuada sobre el estatus de la víctima en vigor en España.

En el caso español se da, además, la particularidad de la existencia del juez de instrucción, director de la investigación penal, aunque, de promulgarse la nueva LECr, en

⁴⁷⁷ No obstante, incluso hay quien ha propuesto la reforma constitucional con objeto de introducir en ella derechos de la víctima de infracciones penales, aun reconociendo las dificultades de ello, ver a este respecto GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, *La víctima en las constituciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 140-186.

⁴⁷⁸ Desarrolladas por el RD 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba su Reglamento.

⁴⁷⁹ Los autores JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La reforma penal de 2015, op.cit.*, pp. 61-65, realizan una breve exposición de esta regulación protectora antes de la promulgación del EVD.

⁴⁸⁰ Ver en este sentido Memoria del año 2020 de la Fiscalía General del Estado: en el año 2019, p. 115, la transformación de las diligencias previas a procedimiento abreviado supusieron el 68,7% del total, delitos leves 23,6% y diligencias urgentes 6,8%.

tramitación en la fecha en que se escriben estas líneas, aquella pasaría al Ministerio Fiscal en régimen de monopolio. Actualmente, solo en la jurisdicción de menores tiene tal condición el Ministerio Público (arts. 6 y 16.1 LORPM), manteniendo, igualmente, dicha índole en las diligencias preliminares, con un alcance restringido y de escasísima utilización, contempladas en el art. 773.2 LECr, y a las que se les dedica más adelante un apartado para su estudio.

Otra particularidad realmente singular del proceso penal español es que el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal, como ocurre en, prácticamente, todos los países de nuestro entorno, sino que constitucionalmente corresponde a cualquier ciudadano: un sistema mayoritariamente aplaudido por la doctrina⁴⁸¹ y que coloca a la víctima en una situación ventajosa en el panorama internacional.

En España, la terminología histórica ha diferenciado entre “ofendido”, como aquel que, como consecuencia del delito ha sufrido algún daño físico o psíquico, y el “perjudicado”, receptor del daño material, que puede -y normalmente así suele ser- coincidir o no con el primero. Este daño material no tendría por qué ser tutelado por el Estado, como de hecho no lo es en ningún sistema penal salvo el español, ya que es de naturaleza privada. Sin embargo, en España, es el Ministerio Fiscal quien se encarga de reclamarlo y lograrlo para la víctima. El concepto de víctima⁴⁸², si se contemplase con una perspectiva más amplia, podría comprender aquellas que sufriesen accidentes, u otro tipo de desgracias, pero la configuración legal de la misma establece un nexo causal entre víctima y delito, por lo que éstas quedarían excluidas de su estatus.

La víctima en España goza de un grupo de derechos constitucionales y otros de rango ordinario. Entre los primeros, en el derecho español la víctima tiene derecho constitucional (art. 24.1 CE), a ser parte en el proceso penal, y civil si lo desea, contra el imputado, gozando de todos los derechos que otorga dicha situación, entre ellos los de ejercitar los medios de prueba⁴⁸³

⁴⁸¹ El proceso penal español ofrece una posición ventajosa a la víctima, al poder ésta ejercitar la acción penal sostiene SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1997, p. 52. Su fundamento se encuentra en razones de justicia material para que quien sufre las consecuencias del delito pueda obtener tanto una satisfacción jurídica como psicológica expone CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las partes en el proceso penal I”, AAVV, (Dir. ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, Coord. FUENTES SORIANO, OLGA), *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, pp. 62-63. La razón de ser de la institución es ofrecer una garantía reforzada a la tutela judicial efectiva según MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, “Las partes acusadoras”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA, VILAR, SILVIA), *Proceso Penal, Derecho Procesal III*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 88-91. Tratando acerca de la acción popular TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, AAVV, (Dir. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal, op.cit.*, p. 265, valora favorablemente la existencia de este derecho constitucional (art. 125 CE) que mejora la tutela judicial efectiva, y que coloca el proceso penal español en una situación, para la víctima, más ventajosa que en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. CHOZAS ALONSO, JOSE MANUEL, en la misma obra (p. 209) señala que la posición de la víctima en el proceso español queda más reforzada por dicha posibilidad.

⁴⁸² Con ocasión del estudio de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, DÍAZ CABIADÉ, JOSÉ ANTONIO, CUETO MORENO, CRISTINA, “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-04/2022, pp. 1-49, realizan un análisis sobre las características de cada una de estas categorías, peculiares cada cual, evidenciando la confusión terminológica que suponen. Los autores defienden que la construcción del concepto debería levantarse sobre el de parte procesal, la auténtica titular del derecho del art. 24 CE. En todo caso, tampoco el ALECr 2020 ha solucionado la confusión.

⁴⁸³ En el proceso penal de menores la participación de la víctima resultó inicialmente más limitada, justificándose dicha restricción en el interés superior del menor. Sin embargo, sucesivas reformas legislativas fueron ampliando progresivamente aquella, plasmándose en el art. 4 LORPM el elenco de derechos con que cuentan las víctimas, o el establecimiento del ejercicio conjunto de la acción civil y penal, en consonancia con la regulación en la justicia de adultos. Dichas reformas fueron consecuencia de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORPM, según recuerda PUENTE ABA, LUZ MARÍA, “Nuevas reformas en

que le parezcan oportunos como ofendido y/o perjudicado, y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Goza también del derecho a la igualdad, como garantía imprescindible para operar como parte procesal -excepción hecha del secreto de sumario-.

La información acerca sus derechos resulta fundamental por cuanto que prefigura los demás, ya que para ser ejercitados, primero deben ser conocidos. Es una obligación que concierne a la Administración desde un primer momento, tan pronto existe contacto entre la víctima y la autoridad pública, debiendo ser explicitados por la Policía, el Ministerio Fiscal o el juez. Corresponde a la víctima, de igual manera, el derecho de defensa preceptivamente vehiculado mediante asistencia técnica letrada dada la dificultad del proceso, así como todo el haz de derechos propios de ser parte procesal; derecho de contradicción mediante su participación activa (que puede verificar mediante la presentación de escritos, peticiones, proposición de prueba o mediante la interposición de recursos) , o derecho a la prueba (para enervar la presunción de inocencia que asiste al imputado).

El acceso a esta participación en el proceso, con las garantías y ventajas que ello acarrea, solo es posible si la víctima tiene la cualidad de parte procesal, adicionándose el derecho a la reparación y a la indemnización, y, como colofón, el derecho a la protección de datos. En este último aspecto, en el caso de no personarse, pero ser testigo en el proceso, en muchas ocasiones resulta imprescindible, para garantizar la seguridad de la víctima, ocultar sus datos al infractor.⁴⁸⁴ En el caso de ser parte, la ocultación no puede ser tan intensa, por poder dañar el derecho de contradicción que asiste al imputado.

Adicionalmente, la víctima no personada disfruta de otros derechos ordinarios procesales tales como la información⁴⁸⁵, o la asistencia de todo orden, incluso de tipo médico, psicológico, o sanitario.⁴⁸⁶ Posteriormente la asistencia se tiene que tornar también jurídica y es mejor si ésta es rápidamente dispensada por instituciones públicas al efecto. Goza también de derecho a la protección respecto a su agresor, que se puede materializar mediante diversos mecanismos procesales.⁴⁸⁷ Incluso, dispone del derecho a participar en el procedimiento⁴⁸⁸, con

el Derecho Penal de menores: las medidas de internamiento y la protección de los perjudicados”, AAVV, (Coord. FARALDO CABANA, PATRICIA), *Política criminal y reformas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007, pp. 319-331.

⁴⁸⁴ Según establece el art. 1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, dicha ley es aplicable a los testigos y peritos en causas criminales, y según el párrafo segundo del mismo “Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.”

⁴⁸⁵ La Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 octubre de 2012, sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos, traspuesta al ordenamiento español en el EVD, marcó el nuevo régimen aplicable a los derechos de información. Los derechos de la víctima en este concreto ámbito son analizados por ARIZA COLMENAREJO, MARÍA JESÚS, “El derecho de acceso a la información vinculado a la traducción. Especial referencia a la víctima de delitos”, AAVV, (Dir. ARIZA COLMENAREJO, MARÍA JESÚS), *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, pp. 112-127.

⁴⁸⁶ Necesidad que surge inmediatamente tras encajar un fuerte golpe emocional que es preciso reparar en un primer instante.

⁴⁸⁷ Las medidas de protección a favor de la víctima son estudiadas por SERRANO MASIP, MERCEDES, “Medidas de protección de las víctimas”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales, op.cit.*, pp. 145-162, que lo califica de derecho primordial para asegurar la persona y bienes de aquélla. Ha de tener lugar desde el primer contacto con la Administración, que deberá tratar, por otra parte, de perturbarle lo menos posible con en mínimo contacto posible. La autora distingue los diferentes niveles de intensidad de la protección siguiendo los requisitos del EVD (arts. 19-26) que divide en básicos (para cualquier tipo de víctimas y comunes a todos), o de segundo o tercer grado (para víctimas con

el contenido que determinen las leyes, y el derecho a ser reparado, independientemente de ser o no parte procesal; si es parte, pugnará por dicha reparación, en otro caso, y salvo oposición expresa, lo hará en su nombre el Ministerio Fiscal. Como se ha explicado, este derecho a ser indemnizado se puede calificar como el más importante de los de la víctima, y comprende la restitución del bien sustraído, o la indemnización en el supuesto de daño evaluable económicamente.

La víctima, aunque expresamente no es designada como parte en la LECr, tiene posibilidad de constituirse como tal en el proceso penal, personándose con procurador y abogado en el proceso (art. 110.2 LECr). Para ello, deberá hacerlo antes del trámite de calificación del delito en el procedimiento ordinario, y de la apertura del juicio oral y acusación en el procedimiento abreviado (arts. 110.1 y 780.1 LECr)⁴⁸⁹. Dicho derecho toma base constitucional en el art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, como ha señalado en varias ocasiones la jurisprudencia del TC.

El contenido del derecho – su derecho a la jurisdicción- no supone el de la apertura y sustanciación total de su pretensión, sino un pronunciamiento motivado sobre su inadmisión o archivo, el denominado *ius ut procedatur* (STC 9/2008, de 21 enero). La víctima se puede personar como acusación particular⁴⁹⁰, ejercitando sus acciones civil y penal acumuladamente, pasando, desde entonces, a tomar parte activa en el proceso, proponiendo prueba, tomando conocimiento de lo instruido y practicando diligencias (arts. 311.2 y 776.3 LECr). La acción civil es, como se sabe, acumulable a la penal (arts. 109, 110 y 761 LECr)⁴⁹¹. Cabe la renuncia a la acción civil (art. 112 LECr) y cabe, igualmente, que la víctima solo ejercite la acción civil y deje la penal para el Ministerio Fiscal.⁴⁹²

Si la víctima no desea personarse en el proceso penal, no significa que quede desvinculada del mismo. Debe ser notificada de ciertas resoluciones, particularmente, aquellas que se estiman necesarias para garantizar su seguridad. Se puede calificar de significativa la

determinados requisitos que se conocen mediante la evaluación específica de sus necesidades y su situación, singularmente su vulnerabilidad o su grado de afectación).

⁴⁸⁸ La legislación incluso reconoce derechos a la víctima en la fase de ejecución penitenciaria, como estudian GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, NISTAL BURÓN, JAVIER, *La historia de las penas*, Tirant, Valencia 2015, pp. 352-358.

⁴⁸⁹ Con anterioridad a la reforma operada por el EVD el TS había realizado una interpretación del *dies ad quem* para personación de la víctima, fijándolo hasta el juicio oral, sin embargo, observa SEMPERE, SILVIA, “La participación activa de la víctima en el proceso penal: análisis del art. 11 del Estatuto de la Víctima”, *La Ley Penal*, núm. 136/2019, que tras aquella la personación tanto para la acusación particular y popular se debe realizar antes del trámite de calificación del delito.

⁴⁹⁰ Sobre la acusación particular trata DE HOYOS SÁNCHEZ, MONTSERRAT, “El ejercicio de la acción penal en España. Un verdadero derecho de acusar de las víctimas”, AAVV, (Dirs. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas, op.cit.*, pp. 470-490.

⁴⁹¹ En el antiguo derecho justiniano, señala JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires 1964, p. 739, se preveía la posibilidad de ejercitar juntas la acción penal y civil en unidad de acto, antecedente histórico al que se remonta la peculiar forma de ejercer la acción civil dentro del proceso penal español.

⁴⁹² Prácticamente la totalidad de la doctrina admite la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada del delito, sin embargo, plantea una serie de difíciles problemas teóricos y prácticos que son analizados en el interesante artículo de HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*; o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2012.

cantidad y calidad de información que debe recibir la víctima del delito de forma obligatoria en el proceso penal español, y que se recogen en los arts. 109.1 y 2, 109.3 y 4, 761.2, 771.1, 776.1 y 2, y 782.2 LECr. Muy sintéticamente, contienen información sobre su derecho a mostrarse parte, reclamar, solicitar ayudas, que se le ponga en conocimiento que el Ministerio Fiscal reclamará, si lo desea, por ella, o, potestativamente, que se le comunique la intención del Ministerio Fiscal de archivar la causa. Además, la víctima tiene que ser informada sobre las ayudas económicas y asistenciales y sobre dónde solicitarlas, en especial las previstas en las leyes 35/1995 sobre delitos violentos y contra la libertad sexual, Ley 29/2011 sobre terrorismo⁴⁹³, y la Ley 1/2004 sobre violencia de género.

Existen, además, otras disposiciones en la LECr que obligan a notificar una serie de contenidos procesales a las víctimas no personadas, tales como terminación del procedimiento (art. 779.1.1º LECr), celebración de la vista oral (art. 785.3 LECr), o notificación de la sentencia (art. 789.4 LECr), notificación sentencia de apelación (art. 792.4 LECr), e información permanente en supuestos de Orden de Protección en casos de violencia de género (art. 544.ter.9 LECr).

La posición de la víctima queda singularmente reforzada en cuanto a sus posibilidades de ser resarcido económicamente, por el hecho de que la suspensión de la condena tan solo es posible en el caso de que el condenado le haya indemnizado previamente, siendo aplicable al trámite de ejecución de sentencia (arts. 801.3 LECr y 80.2.3ª CP). En fechas muy próximas a la redacción de estas líneas se ha publicado en el BOE la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, un instrumento que regula un procedimiento especial para la investigación por parte de los Fiscales europeos delegados de aquellos delitos cuyo conocimiento les corresponde en virtud de la norma europea, fundamentalmente casos complejos de fraude, que, como señala la EM de la Ley orgánica, suelen recaer sobre fondos estructurales o el impuesto del IVA transfronterizo. La Fiscalía Europea será la directora de la investigadora penal y la promotora de la acción penal, por lo que requiere la articulación de un nuevo sistema procesal en España.⁴⁹⁴

En lo que toca a la posibilidad de que el perjudicado pueda, dentro de esta nueva modalidad procesal, efectuar la reclamación civil *ex delicto*, toda vez que en el derecho comparado -como se ha visto- no es siempre posible, la propia Ley Orgánica explica en el apartado IV de la EM que la posibilidad sigue vigente.⁴⁹⁵

⁴⁹³ La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, fue producto, en buena medida, según AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *Terrorismo en el siglo XXI (La respuesta penal en el escenario mundial)*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 183-188, de haber sufrido el país acciones terroristas durante muchos años y crearse una sensibilidad ciudadana a favor de sus víctimas, que habían visto conculcados derechos humanos básicos. La ley pivota sobre los valores de memoria, dignidad, justicia y verdad, estableciendo un sistema de ayudas, indemnizaciones, apoyos, garantías y prestaciones. Incluso, como complemento al sistema instaurado por la ley se creó una Dirección General en el seno del Ministerio del Interior, de Apoyo a las víctimas del terrorismo.

⁴⁹⁴ De hecho, el ALECr 2020, actualmente en tramitación parlamentaria, en el apartado III de su EM mencionaba esta razón como la causa inmediata de la necesidad de promulgar una nueva ley procesal penal.

⁴⁹⁵ En la EM de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, se reserva esta posibilidad "(...) si bien el Reglamento, como consecuencia de la necesidad de establecer estándares mínimos de armonización entre las legislaciones de los Estados miembros, no hace mención expresa a la materia concerniente a la responsabilidad civil *ex delicto*, la posibilidad que ofrece nuestro modelo procesal de recuperar los fondos públicos defraudados de forma inmediata y paralela al buen fin de la

Haciendo un balance de la cuestión en el Derecho comparado, la situación de la víctima en España es notablemente más positiva, ya que la acumulación de la acción civil a la penal supone, en términos económicos y procesales, un ahorro, una mayor rapidez, y mayor protección a la víctima,⁴⁹⁶ así como una mayor seguridad para el cobro de la indemnización. A pesar de ello, cabría señalar una objeción al principio general de la mayor celeridad, ya que los retrasos que muchas veces conllevan los asuntos civiles son complicaciones para determinar el *quantum* indemnizatorio, y, por consiguiente, lastran aquel propósito. Un problema práctico que se plantea frecuentemente y que supone una situación ventajosa para la víctima, pudiendo producir desigualdad entre las partes, se crea cuando se ejercitan conjuntamente la reclamación civil y la acción penal. Suele darse el caso de que la víctima y su representación letrada disponen de un elemento de presión importante, cual es la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para poder alcanzar una conformidad, otro ejemplo de cómo los derechos de víctimas y victimarios pueden chocar en el proceso.

2.2.4. Problemas derivados de la participación de la víctima en el proceso en relación con la justicia restaurativa.

Siguiendo el EVD, por su carácter suplementario, y por contener los elementos básicos comunes a todas las ramas jurisdiccionales en relación con la mediación, éste hace alusión a la justicia restaurativa en los siguientes artículos; art. 3 EVD, derecho de la víctima a participar en los servicios de la justicia restaurativa; art. 5 EVD, al enunciar los extremos sobre los que ha de informarse a la víctima y mencionar entre ellos la posibilidad de participar en los servicios de justicia restaurativa disponibles en el art. 29 EVD (oficinas de Asistencia a la Víctima), y art. 15 EVD, donde se regulan los servicios de justicia restaurativa, muy similar al art. 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.⁴⁹⁷ Mención aparte merece el art. 13 EVD⁴⁹⁸, que permite a las víctimas recurrir ciertas

prosecución penal, constituye un valor añadido. Ello en consonancia con lo previsto en el Considerando 107 y el artículo 41.3 del Reglamento que establece lo siguiente: “otras personas implicadas en los procesos de la Fiscalía Europea, disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable”. Por ello, tanto los Fiscales europeos delegados como las acusaciones particulares personadas estarán legitimados activamente para el ejercicio conjunto de la acción civil con la penal.” Efectivamente, el Capítulo III (art. 36-41) del Título III, de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, regula la personación de la acusación particular considerando víctima; “las personas o entidades ofendidas por la infracción o que hayan sufrido un perjuicio derivado de la comisión del delito” (art. 36.1). Sin embargo, prohíbe la acusación popular, aunque matiza que, “(...) La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones y entidades a las que la ley reconoce legitimación para la defensa de los intereses que se han visto afectados por la comisión del delito investigado”. El resto de los artículos regulan el ejercicio de la acción civil (art. 37) el acceso al procedimiento (art. 38), la propuesta de diligencias (art. 39), la aportación de informaciones (art. 40), y la participación en los actos de investigación (art. 41) con el contenido que remite al capítulo VI (arts. 96-106), del título IV, donde se regula una novedad denominada incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba, cuyo objeto es asegurar las fuentes de prueba tan pronto como pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral (art. 96.1).

⁴⁹⁶ Cuya reclamación realiza para él el Ministerio Fiscal.

⁴⁹⁷ Para la correcta implementación de la Directiva 2012/12/UE, y por consiguiente, para la efectividad de los derechos de la víctima reconocidos en ella, expone GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal”, *op.cit.*, es necesario que todos aquellos profesionales que tomen contacto con la víctima, desde inmediatamente después de la infracción hasta la finalización del procedimiento, se encuentren suficientemente formados al respecto y traten de forma adecuada a aquéllas, quedando para ello obligados los estados miembros a informar, formar, y facilitar medios para ello.

⁴⁹⁸ Examina la participación de la víctima a la vista del art. 13 EVD, ARANGÜENA FANEGO, CORAL, “De nuevo sobre la participación de la víctima en la ejecución penal”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, *op.cit.*, pp. 313-334. La vertiente tradicional de la protección a la víctima en la legislación española, la profusión de Oficinas y otros mecanismos procesales tuitivos a tal efecto es tratada por AGUDO

resoluciones (apartado 1º) o realizar ciertas solicitudes al órgano judicial. El art. 13.3 EVD contempla la posibilidad de realizar alegaciones de la víctima al Juez de Vigilancia penitenciaria cuando éste tenga que tomar una serie de resoluciones (más o menos relevantes) enumeradas en el propio artículo.⁴⁹⁹

2.2.4.1. El reconocimiento de los hechos.

El art.15 EVD exige que el infractor “haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad” como requisito para proceder con la mediación. A estos hechos esenciales se refiere al art. 12.1.c) de la Directiva europea 2012/29/UE, denominándolos “elementos fácticos básicos del caso”. Se observa que la redacción de la ley española es más exigente que la Directiva porque “hechos esenciales” es más restringido que “elementos fácticos”.⁵⁰⁰ En la práctica, un simple reconocimiento genérico se considera suficiente para iniciar el procedimiento, aun considerando que, por regla general, suele tratarse de delitos flagrantes y aquellos en que los hechos principales no se discuten, y donde el elemento de culpabilidad, en suma, está muy acreditado.

2.2.4.2. La participación de la víctima en el procedimiento de justicia restaurativa.

De la lectura, tanto de la Directiva en su art. 1.a), como de la Ley en su art. 1.b), se deduce que la participación de la víctima es imprescindible para la existencia de un procedimiento restaurativo. Si su voluntad no se manifiesta en un primer momento, o si posteriormente es revocada, el procedimiento no resulta posible. Ahora bien, a veces la víctima, por motivos no determinantes sobre el procedimiento restaurativo, no quiere participar; nos referimos a motivos tales como miedo, no querer tomar contacto con el infractor o el asunto, etc., estimándose, sin embargo, que llevarlo a cabo sería beneficioso para el infractor. En otros casos, el delito no tiene una víctima concreta o que resulte identificable, pudiendo ser también conveniente que el infractor participe en el mecanismo de justicia restaurativa. En estos casos algunos programas incluyen la figura de un “subrogado” o persona que realiza el papel de la

FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La víctima en la justicia penal*, op.cit., pp. 23-35. La obligación de proporcionar suficiente información a la víctima es tratada por DE PAUL VELASCO, JOSÉ MANUEL, “Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria”, *Curso de formación continua de fiscales*, CEJ, Madrid 2015, pp. 10-11. Para que la víctima pueda efectivamente formular sus alegaciones con conocimiento de las circunstancias y, por ello, otorgar alguna efectividad a éstas, lo procedente sería que aquélla tuviese, al menos, una información básica al respecto del expediente penitenciario del condenado, respetando el contenido protegido por el derecho a la intimidad consistente en datos fundamentales de carácter objetivo.

⁴⁹⁹ Tan amplia participación de la víctima ha sido criticada por aquellos que ven un regreso de aquella a su “época dorada” y un repliegue de la prerrogativa estatal de castigar los delitos. Esta cuestión es estudiada por ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La toma coactiva de muestras del imputado (análisis sanguíneo, huellas dactilares, muestras genéticas)”, AAVV, (Coord. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, op.cit., pp. 135-345, que, sin embargo, entiende justa y razonable la misma. El profesor ETXEBERRIA GURIDI, FRANCISCO, “Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 45/2018, examina la posibilidad de que la víctima, aun no personada, pueda recurrir resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria, una previsión que ha generado una gran polémica doctrinal a la que hace referencia. La discusión ya se planteó, prosigue, en el trámite de informe del CGPJ. Por otra parte, la doctrina del TC en relación con la participación de la víctima en la fase de ejecución penitenciaria ha considerado que el interés de la víctima escapa al modo en que el castigo deba cumplirse. Al margen de dificultades materiales de notificación de las resoluciones a quien no fue parte, el autor advierte de las consecuencias perjudiciales para el condenado que tiene la Disposición Adicional 5ª 5 LOPJ para la excarcelación del penado.

⁵⁰⁰ SOLETO, HELENA. “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, AAVV, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ), *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, op.cit., pp. 249-281.

víctima, cuando los mediadores lo consideren adecuado. En cualquier caso, una interpretación restringida sobre la participación de la víctima dejaría fuera supuestos en que el reconocimiento de los hechos por parte del infractor permitiría un proceso restaurador beneficioso para éste.

2.2.4.3. Voluntariedad y confidencialidad.

Tanto el art. 15.2 EVD, como el art. 12.1.e) de la Directiva europea, consideran la confidencialidad un requisito medular para la justicia restaurativa. Ahora bien, la mención del art. 12.1.d) del instrumento europeo no se encuentra recogida en la ley española. Dicho punto reza que el acuerdo alcanzado por las partes de forma voluntaria “podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro momento procesal”. Como quiera que sea, lo cierto es que la referencia europea no ha de entenderse en el sentido de que el eventual acuerdo tenga efecto de cosa juzgada (*extra legem*), pues el valor que haya de darse al mismo será el que le otorgue cada estado miembro.⁵⁰¹

2.2.4.4. Adecuación del caso para ser objeto del procedimiento restaurativo.

Como se ha indicado, no existe un derecho al acceso a la justicia restaurativa, como lo existe a la jurisdicción. En este sentido, la Directiva deja la opción de configurarlo a cada estado miembro al referir en su art. 12.2 que “Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.” Por tanto, el criterio para su implementación será interpretativo en función de su adecuación: además de la voluntariedad y el reconocimiento de hechos por parte del infractor, serán necesarios ciertos requisitos. Los órganos encargados de valorar las circunstancias para determinar la derivación serán el juez en primer lugar, y la Fiscalía y el abogado de la defensa en segundo, y en último lugar, las partes, y el mediador.

Las personas enunciadas son a quienes corresponde evaluar la adecuación del caso al mecanismo de justicia restaurativa durante los distintos momentos procesales. El procedimiento restaurativo no está regulado con la exhaustividad del proceso penal, debido al margen de flexibilidad que precisa aquél, por ello, tan solo alguno de los elementos básicos del procedimiento sobre adecuación están consignados, dos concretamente: en términos genéricos aquellos casos que supongan un riesgo para la víctima, y, por otro lado, aquellos otros ámbitos que se encuentren expresamente vetados, en concreto, los delitos relativos a la violencia de género. Dichas limitaciones a la aplicación de la justicia restaurativa se encuentran contempladas en el art. 15.1 d) y e) EVD en los siguientes términos: “d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.”⁵⁰²

⁵⁰¹ La profesora ARROM LOSCOS, ROSA, “Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia de confidencialidad en la mediación penal”, *Revista La Ley Penal*, núm. 130/2018, estudia las eventuales colisiones de los derechos de las víctimas al aplicarse la confidencialidad en la mediación, bien por su victimización secundaria, o, incluso, por generar hipotéticas situaciones de riesgo para su seguridad.

⁵⁰² En relación a esta cuestión se pronunció el Tribunal de Justicia de la UE, STJUE de 15 de septiembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:583), caso Gueye y Salmerón Sánchez, examinando la Decisión Marco vigente entonces, DM 2001/220/JAI60, considerando que se debía permitir a los Estados miembros excluir la mediación en procesos penales relativos a delitos como los cometidos en el ámbito familiar. También en la normativa internacional ha sido reconocida la posibilidad de excluir los delitos de violencia de género de la mediación penal; el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo 2011), ratificado por España (BOE, 6 junio 2014) recogiendo en su art.

El art. 15 EVD dispone que los derechos de información de la víctima han de materializarse ya desde su primer contacto con las autoridades competentes. En el listado de los mismos aparecen señalados todos los extremos sobre los que deberá ser informada, y en su apartado k se mencionan los “Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible”. La disponibilidad hace referencia a la existencia de medios materiales y humanos en la Administración de Justicia para desarrollar la justicia restaurativa y no, claro está, a la adecuación de un caso concreto a ser objeto de la misma.

2.3. Mediación insertada en el sistema penal.

2.3.1. Concepto del fin de la pena: su reformulación.

La función y fines de la pena es una cuestión que desde la Filosofía y el Derecho se ha tratado desde antiguo dilucidar, es decir ¿porqué se castiga? -función- y ¿para qué se castiga?⁵⁰³ En el actual estadio cultural en que nos encontramos no existe discusión sobre que el derecho a castigar corresponde al Estado. El *ius puniendi*, como la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen, es, además, una facultad que compete al Estado en su totalidad, en una triple perspectiva: el Legislativo establece las conductas punibles y les asigna su consecuencia legal, el Poder Judicial subsume la conducta del infractor en las normas penales y establece una condena, y el Poder Ejecutivo interviene en la fase de investigación del delito y en la de la ejecución de la pena. No obstante, conviene no hacerse excesivas expectativas respecto a la función del Derecho y menos sobre el Derecho Penal.⁵⁰⁴

Históricamente, el estado Liberal, surgido tras la Revolución Francesa, preconizaba la menor intervención posible del Estado en la esfera privada de los ciudadanos, para no interferir en las libertades individuales, así como reivindicaba la separación de poderes y el principio de legalidad. La primacía absoluta de la ley, como racionalización del bien común, contemplaba el delito como una infracción del contrato social y, por ende, conllevaba una consecuencia gravosa para el infractor en forma de sanción.⁵⁰⁵ El punto de vista de HEGEL, sin embargo, fue jurídico.⁵⁰⁶ Es un autor sumamente complejo por las infinitas matizaciones con que fue

48.1, que los firmantes “adoptaran las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio”.

⁵⁰³ PLATÓN puso en boca de Protágoras, en el texto del mismo nombre una justificación de la pena que cualquiera podría hoy suscribir y que nos la aporta CALVO GARCÍA, MANUEL, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid 1992, p. 210 : “(...) En efecto, nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieran injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro, para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias.”

⁵⁰⁴ Debemos ser prudentes sobre la capacidad que cualquier tipo de norma tiene para transformar la realidad, advierte CORNELIUS, PRITTWITZ, “La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo: defensa de un rol necesariamente modesto”, (Dir. PEREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN, ARANA GARCÍA, ESTANISLAO), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, p. 419.

⁵⁰⁵ KANT consideró como función retributiva de la pena respecto al delincuente, entendiendo ésta como una consecuencia de tipo ético o moral para el infractor.

⁵⁰⁶ Considerando que el delito suponía la negación del Derecho y que, por tanto, para restablecerlo, era preciso el castigo.

reelaborando su obra. Según él, quien ataca a otro, a su víctima, realmente ataca al Derecho y, por ende, éste le retribuye con la pena, pero sin ningún otro fin para la sociedad, ya que, si así fuera, al infractor se le atacaría su dignidad como ser humano, se le trataría como “a un perro, al que uno amenaza levantándole un palo”.⁵⁰⁷

Más tarde, comenzó a considerarse al delincuente, por influencia de la Escuela Positivista,⁵⁰⁸ como un ser individual, elaborándose diversas clasificaciones de los mismos en relación con su posible tratamiento, poniendo el acento en la individualización de la pena,⁵⁰⁹ en un planteamiento de prevención especial; de esa manera, el delincuente esporádico quedaría advertido de la consecuencia de su eventual infracción con la existencia de la sanción, y a quien fuese habitual se le aplicaría un tratamiento rehabilitador con objetivo de reinsertarle en la sociedad y evitar la reiteración delictiva. Para el caso de delincuentes en que resultase imposible la rehabilitación se preveía la medida de aseguramiento.⁵¹⁰

La materialización de la teoría de la prevención especial se produjo en los años 50 y 60, del pasado siglo, en los países más avanzados de Europa y en EEUU, y se tradujo en técnicas concretas de rehabilitación y tratamiento, así como en su traslación al proceso penal en forma de eventuales suspensiones y sustituciones de la pena, o la aparición de instituciones como la

⁵⁰⁷ Explica SANCINETTI, MARCELO, “Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo”, *Revista Pensamiento penal contemporáneo*, núm. 9/2015.

⁵⁰⁸ siguiendo los postulados de VON LISZT.

⁵⁰⁹ Sobre el origen de este proceso ahonda la profesora de la universidad de Jaén CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, “Individualización judicial y fines de la pena. Discrecionalidad versus Arbitrariedad en la fase judicial de concreción de la pena exacta”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid 2017 (Cap. IV, apartado II), exponiendo el paso de la arbitrariedad judicial del Antiguo Régimen al sistema de dosimetría penal instaurado por la Escuela Clásica. Esta última consideraba al ser humano racional y poseedor de libre albedrío por lo que la pena se establecía abstracta e igual para todos, prescindiendo del arbitrio judicial -detestado por los revolucionarios franceses- para la determinación de la pena. Solo posteriormente, ante las injusticias que producía el sistema, los códigos penales franceses fueron introduciendo atenuantes, límites máximos y mínimos y otros mecanismos individualizadores de la pena que serían, más tarde, apurados por las Escuelas penales de finales del s. XIX. El CP vigente en España, concluye la autora, deja grandes márgenes de arbitrio judicial para la determinación individual de la pena a pesar de reformas que han limitado tal facultad, como la operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, o las introducidas por la LO 15/2000, de 15 de noviembre, de modificación del CP.

⁵¹⁰ Estudiando la figura de VON LISZT, figura primordial de la Dogmática penal, el profesor DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, “La concepción liszteana de la política criminal entre las ciencias penales”, AAVV (Dir. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid 2020, p. 599, concluye que para el autor alemán la razón de la existencia del derecho penal no era otra sino la protección de bienes jurídicos, siendo el de la pena algo accesorio a ellos, situada en un segundo plano; es decir, los fines de la pena no son la base para la legitimación del derecho penal; algo que según DÍEZ RIPOLLES, se ha entendido mal en la obra del alemán, y que ha causado muchos equívocos jurídicos. La pena no tiene otro fin que prevenir la comisión de delitos para proteger bienes jurídicos; su medida debe ser proporcional al bien que trata de proteger. Trata a continuación la dogmática penal, denominada de esa manera por VON LISZT a partir del comienzo del siglo pasado; ciencia por la que comienza a interesarse cuando intentó averiguar los contenidos prescriptivos, los fundamentos del derecho penal, y de su mano la política criminal, un saber práctico cuyas enseñanzas extrae de la Criminología, distinguiendo el origen de la conducta criminal en factores psicológicos y ambientales o sociales. En función de las características de los delincuentes, que divide en tres grupos (ocasionales, habituales corregibles y habituales incorregibles), sobre los que hay que intervenir de forma diferenciada mediante la política criminal, usando las herramientas de la pena o de la medida de seguridad según los casos. Esta opción inclina la balanza, definitivamente, por el fin de la pena preventivo respecto al retributivo, centrándose el debate sobre su aspecto preventivo especial o general simplemente. El jurista austriaco, definió “política criminal” según recuerda VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, “Introducción a la Política criminal”, AAVV, (Dir. VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, CUAREZMA TERÁN, SERGIO), *El derecho penal en tiempos del cólera, op.cit.*, p. 424, como “conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuáles el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas”.

probation, la libertad condicional y otras modalidades, pero la víctima, como se ha visto, no tomó carta de naturaleza hasta el surgimiento de la Victimología en fechas paralelas.

En el Estado democrático y social de Derecho, caracterizado por su intervención en todos los órdenes de la vida social y económica del país, la pena tiene una función no solo retributiva sino también la de evitar el futuro delito con carácter general, pacificar la sociedad, y conseguir el deseable control social.⁵¹¹

Hoy día pues, la teoría de la prevención general positiva⁵¹² es la dominante. Este pensamiento considera que la prevención, más que por la intimidación o conminación, ha de llegar por la conciencia social positiva hacia el Derecho, hacia al mantenimiento del orden jurídico, que se puede alcanzar mejor con diversas estrategias de política criminal, que, desde la óptica de la prevención general negativa, o de infligir a la ciudadanía miedo al castigo. Actualmente, la teoría mayoritaria pone el acento en la finalidad preventiva de la pena. No obstante, la idea retributiva de BINDING o BELING⁵¹³ no ha sido nunca olvidada, y existe una corriente jurídico-penal denominada “neo-retribucionismo”,⁵¹⁴ criticada por no otorgar a la pena ningún fin, salvo que éste fuera, obviamente, “la justa retribución”, que, tampoco cabe olvidarlo, está siempre presente en la imposición de una condena. A pesar de las críticas, no se puede negar que la aplicación de la pena justa tenga, cuando menos, el poder de reafirmar el ordenamiento jurídico en la opinión de la ciudadanía, generar confianza, pacificar y también cierto efecto pedagógico.⁵¹⁵ De hecho, el TC se ha manifestado a favor de la compatibilidad de

⁵¹¹ Nuevamente, la víctima, desde el planteamiento de una sociedad democrática, manifiesta MAIER, JULIO, “La víctima y el sistema penal”, AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, op.cit., pp. 195-213, debe ser considerada una figura principal del procedimiento penal, particularmente en sociedades avanzadas donde el fin de la pena es la resocialización del penado, debiendo tener auténticos derechos de participación en el proceso, del cual no debe quedar postergada.

⁵¹² El objetivo de la pena es servir de apoyo a la “conciencia normativa social”, forzar la convicción de la sociedad sobre la vigencia de la norma penal, es decir, dirigir las conductas. Una teoría cuyo punto flaco, según ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA, PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN, MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA, *Fundamentos de Derecho Penal parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 58-60, es su incapacidad para calcular la dosis de la pena, individualizarla, por lo inasible del concepto, a diferencia, por ejemplo, del de la culpabilidad.

⁵¹³ Realiza un análisis de la teoría retributiva de Berling, MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO, “Retribucionismo consecuencia como programa de ideología punitiva, una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Berling”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2015.

⁵¹⁴ El nuevo protagonismo de la víctima ha sido un factor clave, en su vertiente negativa, sostiene CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op.cit., pp. 90-91, para transformar el concepto de los fines de la pena. En muchos casos los movimientos de víctimas han sido los primeros en aplaudir el endurecimiento de las penas, o han sido ellos mismos quienes lo han reclamado del Poder Político.

⁵¹⁵ El profesor QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, núm. 1/2020, plantea en este artículo, retrospectivo y sincero, una serie de lugares comunes del Derecho penal que él denomina mitos; entre ellos el de la “amarga necesidad” de la pena. No debemos ser hipócritas, recuerda, la pena es necesaria en una sociedad no utópica, aunque se pueda, y se deba, racionalizar al máximo sin las hipocresías que enumera. En similares términos se expresa GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Retribución y justificación del castigo penal”, AAVV, (Dir. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ-VELÁSQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, op.cit., (Cap. V). Este autor sostiene que retribución no significa venganza, ni es un término opuesto a prevención. Normalmente, retribución se identifica con un Derecho Penal autoritario, pero no tiene por qué ser así: la retribución, con las modulaciones precisas, debe ser complementaria a la prevención, encontrando un equilibrio entre ambas, *in medio stat virtus*. Para MORILLAS CUEVA, LORENZO, “La pena de prisión en la sociedad actual”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, op.cit., (Cap.I, párrafo II), sin embargo, no cabe otra justificación de la pena que la prevención del delito (tanto general como especial, con preferencia por la primera según expone este autor) basada en la culpabilidad, que actúa como límite de la intervención. En este esquema no queda margen alguno para la retribución.

los distintos fines en nuestro ordenamiento,⁵¹⁶ de la misma manera que el Estado tiene diversas líneas de actuación en su diseño de la prevención penal.⁵¹⁷

Modulando los fines tradicionales de la pena se han distinguido varios momentos en relación con la comisión de la infracción en función del fin de aquélla; en el momento anterior la función es preventivo-general, conminando a su no comisión, pero después de cometida la infracción, en el momento de la sanción, habrá que considerar también la prevención general para los supuestos más graves, y, teniendo siempre en cuenta el elemento de la culpabilidad, y en los casos de infracciones no graves y leves el criterio de la prevención especial, aminorando la pena o, incluso, en casos de poca culpabilidad, usando medios como la suspensiones, sustituciones, reconciliaciones, etc.

En cualquier caso, en la legislación actual conviven elementos retributivos con otros resocializadores, reeducativos, y de prevención especial, que convergen en el momento de individualizar y, posteriormente, aplicar la pena.

El ordenamiento jurídico español, con la CE como norma máxima, al identificar los fines de la pena, recoge los principios resocializadores y reeducadores.⁵¹⁸ Así el art. 25 CE señala que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, idea que recoge asimismo la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, así como el Reglamento Penitenciario, RD 190/1996 de 9 febrero, que establece que el fin de la actividad penitenciaria es precisamente la reeducación y la reinserción de los penados. Son pues, manifestaciones de la prevención especial. Por otra parte, el propio Derecho penal ha previsto en el CP algunos instrumentos tales como, la remisión o suspensión condicional de la pena, las sustituciones y suspensiones de penas privativas de libertad, el indulto, la prescripción de delitos, excusas absolutorias, condiciones objetivas de perseguibilidad, perdón del ofendido, atenuantes, o libertad condicional etc. que, en última instancia, tienen como objetivo el ideal resocializador.⁵¹⁹

⁵¹⁶ Así lo admite claramente en la Sentencia 150/91, de 29 de julio (ECLI:ES:TC:1991:150), cuando señala lo siguiente: “Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena: antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan, asimismo, una finalidad legítima de la pena... En primer término, el art. 25.2 no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción etc.-, ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad”. La función moduladora del art. 25.2 CE de las penas privativas de libertad es analizado CASANOVA AGUILAR, ISABEL, “Pena de prisión y Constitución”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, op.cit. (Cap.II, apartado II).

⁵¹⁷ La concepción más extendida sobre la clasificación de las intervenciones básicas en prevención penal, se dividen, según TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, *La Criminología*, UOC, Barcelona 2014, pp. 82-83, en tres áreas clásicas: prevención primaria (sobre las condiciones sociales y ambientales favorecedoras del delito), secundaria (focalizada en colectivos con un riesgo diferencial) y terciaria (sobre la persona que ya ha cometido un delito y con la finalidad de evitar su reincidencia). Una clasificación que pone de manifiesto que para una política integral de lucha contra la delincuencia es preciso considerar esos tres factores.

⁵¹⁸ Estos fines son analizados y contextualizados por TRAPERO BARREALAES, MARÍA ANUNCIACIÓN, “Los fines de la pena y el art. 25.2 de la Constitución Española”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 8/2021.

⁵¹⁹ Lo cual no excluye, como se ha visto, la existencia de otros objetivos de la pena. En un estado democrático los fines que debe perseguir el proceso penal adquieren una variedad que analiza el fiscal del TS, VIADA BARDAJÍ, SALVADOR, “Los fines del proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 75/2010. Localiza así otros fines anejos a los tradicionales, tales como: la igualdad, la confianza

Los sistemas de resolución de conflictos ADR se han mostrado como un instrumento ideal para conseguir las metas de la resocialización y reeducación previstas constitucionalmente, así como para satisfacer los fines de la prevención. El planteamiento ideal, por las razones que se han expuesto, conlleva integrar en el proceso penal mecanismos de justicia restaurativa para fomentar el diálogo y la comunicación entre víctima e infractor, con las debidas garantías procesales, fiscalización judicial, y con consecuencias predeterminadas en la ley procesal, con el propósito rehabilitador y reeducador. Este, a grandes rasgos, es el marco ideal para producir dicha integración sin menoscabo de garantías.

Algunos autores como SEELMANN, RÖSSNER, ROXIN⁵²⁰ y HIRSCH, han reelaborado los conceptos relativos a las funciones y fines de la pena, para dar cabida a la defensa de la víctima como uno de éstos.⁵²¹ El primero de ellos fue quien, por primera vez, relacionó los fines de la intervención penal con la reparación a la víctima, entendiendo ésta no como una mera compensación económica o como retribución, sino como una reparación moral, que podría constituirse en un fin del Derecho penal.⁵²² El segundo aboga por la incorporación al sistema penal de la víctima como elemento clave para recomponer la paz social, y el nuevo rol del victimario que debe resarcir a la víctima, o simbólicamente a la sociedad, por el daño causado. ROXIN⁵²³, en este sentido, habla de una prestación de carácter autónomo a realizar por el infractor para resarcir a la víctima y que puede llegar a sustituir a la pena o modularla. Finalmente, HIRSCH, señaló que, sin negar el valor de la mediación, y que pueda ser tenida en cuenta para la aplicación de la pena, el Derecho penal cumple una función punitiva estatal sin que la víctima y su indemnización puedan considerarse en el marco de estos fines.⁵²⁴

en la Administración de justicia, la protección a las víctimas, fórmulas alternativas de resolución de conflictos, la recuperación de los efectos del delito, o la conformidad.

⁵²⁰ ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos*, Civitas, Madrid 1997, pp. 104-109.

⁵²¹ GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, op.cit. p. 19.

⁵²² Hoy día la reparación a la víctima ha dejado de tener el sentido civil, accesorio, que tradicionalmente se le había venido dando y constituye un elemento importante para la consecución de los fines de la pena, según afirman ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA, PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN, MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA, *Fundamentos de Derecho Penal parte general*, op.cit. 2019, p. 515.

⁵²³ Posiblemente ROXIN sea, en la actualidad, uno de los penalistas más reputados y con una gran influencia en Iberoamérica. Entre sus obras más notables, traducidas al español: ROXIN, CLAUS, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima 1998; *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1972, *Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal*, Lima 2010; otro trabajo en que se refiere a la resocialización es “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, núm. 52/1999. En relación al fin de la pena realiza una interesante aportación del constitucionalismo alemán ROXIN, CLAUS, “La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán”, AAVV, (Dir. MIR PUIG, SANTIAGO, QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, Coord. FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp. 231-251, resaltando, como en el caso español, el postulado constitucional de la resocialización. No es unánime la admiración que suscita el profesor alemán: SALAS, MINOR, “¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38/2015.

⁵²⁴ Este profesor de la universidad de Colonia se muestra contrario a que la reparación a la víctima pueda ser un sustituto de la pena. Entiende que ello debilitaría el efecto intimidatorio y disuasorio del Derecho Penal y, por tanto, no conseguiría el efecto de prevención que éste ha de lograr. La imposición de la pena, cuya piedra angular ha de ser la proporcionalidad, es la que alcanza ese objetivo satisfaciendo a la sociedad, que ve repuesto el ordenamiento jurídico, y a la víctima, que ve cómo se castiga al delincuente: HIRSCH, HANS JOACHIM, “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal”, AAVV; (Coord. MAIER, JULIO), *De los delitos y de las víctimas*, op.cit., pp. 53-91. Un compendio de su obra en cinco tomos, traducido al castellano: HIRSCH, HANS JOACHIM, *Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2011.

2.3.2. Integración de la mediación en el vigente proceso penal español.

2.3.2.1. Relación de los sistemas de justicia restaurativa con la justicia institucional.

2.3.2.1.1. Sistemas complementarios a los tribunales.

Los mecanismos de justicia restaurativa, en este caso, se encuentran vinculados a los Tribunales, normalmente, mediante programas, bien dentro del sistema, o en paralelo a ellos.⁵²⁵ Si los procedimientos restaurativos tienen éxito suponen entonces repercusiones positivas sobre el proceso penal traducidos procesalmente en reducciones de pena, suspensiones o sustituciones, o, en fase de ejecución, beneficios penitenciarios. El momento procesal de proceder a la derivación puede ser, prácticamente, cualquier estadio del proceso, como así ocurre en los países anglosajones, donde más avanzada se encuentra su aplicación, pero es opinión común que es preferible que tenga lugar en cuanto sea posible.

2.3.2.1.2. Sistemas alternativos al enjuiciamiento.

En algunos casos la justicia restaurativa puede llevarse a cabo al margen del sistema penal⁵²⁶ para encontrar soluciones entre los miembros de ciertos colectivos, etnias, o de justicia de menores, sin entrar en la rueda de los tribunales. Es una modalidad que, a diferencia de los países anglosajones y escandinavos, en los continentales se observa con desconfianza. En aquellas, entidades como la Policía o los Servicios Sociales, se ocupan de realizar la mediación.

2.3.2.1.3. Sistemas ajenos a los tribunales.

Estas se realizan sobre todo después de la condena y tienen un contenido fundamentalmente emocional. Es frecuente que se lleven a cabo entre el agresor y familiares de la víctima, como los realizados entre ex miembros de ETA y éstos. En tal caso el componente emocional y psicológico es lo importante para tratar de sanar heridas, mirar al futuro, asumir responsabilidades, reconocer el sufrimiento causado e ir construyendo el duelo. Otro contexto idóneo donde se puede aplicar, fuera de los tribunales, serían los conflictos familiares entre hijos y padres.

⁵²⁵ La clasificación de posibles mecanismos seguidos para la integración, son estudiados por SOLETO MUÑOZ, HELENA, “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ), *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia, op.cit.*, pp. 249-285.

⁵²⁶ La alternatividad al sistema de justicia es puesta en entredicho por ALISTE SANTOS, TOMÁS JAVIER, “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, AAVV (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal, op.cit.*, pp. 74-81, que argumenta que para presentar como alternativa se suelen citar las ventajas que ofrece la mediación sobre el objeto que se pretende sustituir, pero de forma engañosa, porque los parámetros con los que funciona la jurisdicción o aquellos de la justicia restaurativa no son siquiera asimilables, no son análogas (privada y consensuada vs pública y decisoria) extensible también a la dicotomía: “cultura de la decisión” vs “cultura del compromiso” ya que ambas parten de contenidos epistemológicos diferentes. El autor, ante la imposibilidad de casar dichas perspectivas, opta por poner el foco de atención de nuevo en la jurisdicción, manifestando que ésta debe ser la alternativa a sus alternativas, vigorizándola y haciendo verdaderamente efectivo el derecho constitucional de acceso a la misma (art. 24.1 CE). Sobre las ventajas que ofrece la mediación es de reseñar, por lo sintético e ilustrativo, el listado que realiza la profesora de la universidad de Cádiz REVELLES CARRASCO, MARÍA, *Vademécum de justicia restaurativa y mediación penal, op.cit.*, pp. 171-174, en nada menos que 35 ítems.

2.3.2.2. Mediación en el sistema penal español: normativa y razones para su inserción en el proceso.

Los mecanismos propios de la justicia restaurativa en España tuvieron plena entrada en el ordenamiento jurídico español, con la entrada en vigor de la LORPM⁵²⁷, en la que se introdujeron las modalidades de desistimiento de incoación de expediente, sobreseimiento por conciliación o reparación y reducción de medidas por conciliación o reparación. Con anterioridad, otros instrumentos procesales, como la suspensión o la desaparecida sustitución de la pena, suponían, en la justicia de adultos, un mecanismo idóneo para la reparación de la víctima. Con posterioridad, otras manifestaciones legales del principio de oportunidad en que se basa la mediación, han tenido entrada en el ordenamiento merced a recientes relativamente- reformas legales.⁵²⁸

El desarrollo del proceso, a pesar de sus evidentes mejoras, supone, en muchas ocasiones, un coste personal-emocional importante para las víctimas de los delitos (victimización secundaria), que ven desatendidos sus necesidades de esta naturaleza. Frecuentemente, no llegan a conocer lo que realmente ocurre en el proceso, y padecen, por ello, un sufrimiento psicológico añadido al que ya sufren, generándoles desconfianza en el sistema penal. En otro extremo argumentativo, la propia dinámica del proceso, pensado en buena medida en términos de vencedor-vencido, puede llevar a la víctima a un afán meramente

⁵²⁷ Un estudio sobre la LORPM y sus posteriores reformas lo aborda FERNÁNDEZ MOLINA, ESTHER, *Entre la educación y el castigo, un análisis de la justicia de menores, op.cit.*, pp. 170-282.

⁵²⁸ Las reformas operadas en el año 2015 resultaron especialmente importantes para la materia que nos ocupa. La LO 1/2015, de 30 marzo, de modificación del CP, estableció una reforma concerniente a la introducción del principio de oportunidad para las infracciones de menor gravedad, en concreto los delitos leves, que permitiría archivar el procedimiento sin enjuiciarlo, a petición del fiscal. La previsión requería la existencia de conductas de escasa gravedad -escasísima, matiza su EM-, donde el interés público en iniciar una persecución por medio del proceso no estuviese justificada. La meritada ley introdujo también modificaciones en la LECr. Entre ellas la relativa a los arts. 963 y 964 LECr, acomodando la anterior posibilidad, es decir, el sobreseimiento del delito leve en base a los criterios de mínima gravedad, naturaleza del hecho y circunstancias personales del autor. El artículo tiene una interesante presunción, al entender que, en los delitos leves de naturaleza patrimonial en que se haya reparado el daño y carezcan de denuncia, la ausencia de interés público en la persecución de aquel se da por sobreentendida. El EVD estableció en su art. 15 la posibilidad de las víctimas del acceso a los Servicios de Justicia restaurativa, dibujando un marco mínimo de los requisitos y desarrollo del mismo, al establecer:

“1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

Hubiese sido deseable que este sobreseimiento se hubiese contemplado también para delitos leves no patrimoniales, sobre todo, teniendo en cuenta el tenor del art. 969.2 LECr, se permite al Ministerio Fiscal no acudir al juicio oral, siguiendo instrucciones de la FGE, en razón del interés público. En tal caso la no comparecencia del fiscal no significa el archivo de la causa toda vez que, añade el artículo, “en estos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.”

retributivo en que pretenda la venganza de su victimario. En conclusión, la faceta de la pacificación personal de la víctima queda bastante desatendida.

Para paliar esta situación es recomendable que, dentro del proceso penal, se establezcan mecanismos de participación de la víctima y se garantice la reparación efectiva de la misma⁵²⁹; participación y reparación son pues dos conceptos clave, y una buena forma de conjugarlos es la mediación. Este procedimiento lo dirigiría un mediador bajo la fiscalización judicial y actuaría bajo los principios de neutralidad, imparcialidad y respeto a la voluntad de las partes. De acuerdo con el paradigma restaurativo, en este esquema, infractor y víctima encontrarían un ámbito de comunicación adecuado para gestionar la solución del conflicto.

Antes de proseguir, procede analizar las razones por las que resulta conveniente que la mediación penal se inserte en el derecho procesal⁵³⁰. Una primera aproximación a la materia nos indica que el delito no sólo tiene consecuencias para la víctima y, eventualmente, para el victimario, sino que despliega sus efectos sobre la sociedad, tiene pues una dimensión de esta naturaleza a la que no puede renunciar el Estado, que debe seguir reteniendo el *ius puniendi*, pues a él le corresponde la gestión de los asuntos públicos.

Al margen de esta premisa de tipo general, existen otras razones de orden económico, práctico y, sobre todo, referentes a las garantías del proceso penal, que abogan por esta inserción. La conveniencia comprende motivos tales como una mejor atención a la víctima, y una mayor integración social del infractor con la consiguiente disminución de respuestas retributivas y coercitivas. Además, el acuerdo de mediación ofrece un plus de calidad al suponer, por una parte, un procedimiento profesionalizado dirigido por un mediador especialmente habilitado, y por otra, refuerza la razonabilidad y proporcionalidad de la solución encontrada, fruto del mecanismo de acuerdo. Con todo, la necesidad de su introducción en el proceso penal viene exigida, fundamentalmente, para que el procedimiento respete las garantías y los derechos de las partes, preestableciendo su desarrollo, sus consecuencias y sus efectos, con sujeción a un control judicial y del Ministerio Fiscal.

En este aspecto es importante señalar que, a diferencia de la justicia penal tradicional, la justicia restaurativa conduce a formas de solución⁵³¹ jurídicamente diferentes a las penas o medidas de seguridad. En su ensamblaje con el proceso penal dichas consecuencias, unas veces, se traducirán en el sobreseimiento de la causa, y otras en diversas posibilidades tales como atenuación de la pena, sustitución o suspensión de la condena, o la conformidad. Se ha criticado, como se ha visto, que la implementación de este mecanismo podría suponer una vuelta a la antigua privatización del proceso penal de épocas remotas. Sin embargo, si la mediación penal

⁵²⁹ Entre las claves precisas para el éxito de la mediación como sistema complementario del sistema de justicia penal, apunta MARTÍN DIZ, FERNANDO, “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de justicia”, AAVV, (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal, op.cit.*, pp. 63-64, a la calidad de la misma. Entiende el autor que dicha calidad se garantiza en un doble nivel: por una parte, integrándola en el sistema público bajo unos estándares específicos, y, por otra parte, mediante unos protocolos y reglas de actuación adecuados. Sugiere, incluso, que para garantizar de forma más exigente su buen funcionamiento podría acudirse a mecanismos externos de control o la creación de un órgano específico para tal efecto.

⁵³⁰ Sobre esta cuestión GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal, op.cit.*, p. 18, recoge un argumentario que deja, pensamos, poco lugar a dudas de la conveniencia de que la mediación penal se inserte en el sistema de justicia.

⁵³¹ La reparación, las disculpas, la restitución o alguna otra solución incluso de tipo simbólico.

se integra en el sistema penal, la víctima adquiere una relevancia que, de otra forma, no tendría y recobraría la postergación histórica que ha padecido.⁵³²

En la normativa de la UE esta integración se propugnaba ya en Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 marzo 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal 2001/220/JAI,⁵³³ Como antes se ha indicado, y debido al fracaso de la implementación de la Decisión Marco, se promulgó la Directiva 2012/29/UE de octubre de 2012, que recalcó el derecho de la víctima al conocimiento y uso de los sistemas de justicia reparadora (art. 4.1.j). El instrumento europeo establece una serie de garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora como base para las regulaciones de los estados miembros.⁵³⁴

Fruto de este desarrollo normativo europeo se promulgó en nuestro país la Ley 4/2015, de 27 de abril, EVD, que pretende ser un texto para la salvaguarda integral de la víctima, y del que extraemos una importante conclusión: el Legislador ha optado por que la mediación penal esté ubicada dentro del sistema judicial⁵³⁵. Los arts. 13 y 15 EVD reconocen a la víctima su derecho al acceso a los servicios de justicia restaurativa. El art. 15 EVD, que trata de los servicios de justicia restaurativa, identifica el objetivo de la mediación como la reparación moral y material de los perjuicios derivados del delito, estableciendo un elenco de garantías para su aplicación.⁵³⁶

⁵³² Sin embargo, para GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, *op.cit.*, p. 55, la aplicación de la mediación penal insertada en el proceso penal no supone reprivatizar la pena, sino que se trataría de una consecuencia autónoma, fruto del procedimiento, que serviría para conseguir el fin preventivo que tiene aquella.

⁵³³ Establecía en los arts. 10 y 17 que “los estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...) Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación (...) Los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”.

⁵³⁴ El art. 12.1 Directiva 2012/29/UE de octubre de 2012 trata sobre las garantías que ha de ofrecer el Servicio de Justicia Restaurativa. El objetivo del mismo es ofrecer garantías de seguridad a la víctima para evitar su victimización secundaria, represalias o amenazas al someterse a dicho procedimiento. El artículo desbroza una serie de ellas. Recalca que la voluntariedad se despliega a través de todo el desarrollo del procedimiento, que ha de ser informado y reversible. Asimismo, insiste sobre el deber de información exhaustiva sobre todos los extremos. Es fundamental, por otra parte, que para iniciar el procedimiento el infractor haya reconocido “los elementos fácticos básicos del caso”. Finalmente, recuerda el requisito básico de confidencialidad, excepcionado cuando las partes así lo acuerden, o “por razones de interés público superior”.

⁵³⁵ Aun habiendo sido tradicionalmente el proceso penal español, comparándolo con los de nuestro entorno, más protector con los derechos de la víctima, por la existencia de las figuras de la acusación particular y popular y otros mecanismos procesales como la posibilidad de la reclamación civil en el proceso penal, estima CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, *op.cit.*, p. 193-261 que las innovaciones introducidas por el EVD resultan muy beneficiosas, permitiendo a la víctima estar informada en todo momento del desarrollo del proceso, hacer alegaciones y aportaciones de prueba, recurrir resoluciones y ser escuchadas en el desarrollo de la ejecución de sentencia, es decir, garantizarlas cauces de participación en el proceso. Ello, además, logrando un adecuado equilibrio con los derechos procesales del imputado. El autor se pregunta, sin embargo, si el sistema penal será capaz de responder al reto de aplicar las previsiones de la ley, tanto en su vertiente personal, como material. No hay que olvidar que la víctima se ha encontrado tradicionalmente al margen del proceso y que los operadores jurídicos no le han otorgado ningún protagonismo más allá que el de comparecer como testigo. Considera el autor, incluso, que, si su implementación es satisfactoria, redundará en la colaboración de las víctimas con la Justicia.

⁵³⁶ El mencionado art. enumera de las letras a) a la e) las exigencias para acceder a los servicios de justicia restaurativa, a modo de requisitos de procedibilidad, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva: “a. el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad. b. la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento (la información aparece recogida también en los art. 109.1 y 773.2 de la LECr), c. el infractor haya prestado su consentimiento, d. el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e. no esté prohibida por la ley para el delito cometido”.

2.3.2.3. Integración en el proceso penal.

Para solucionar los riesgos de la mediación penal que se han estudiado, es preciso que ésta se lleve a cabo dentro del proceso penal, fundamentalmente para que se respeten los derechos de las partes de forma satisfactoria.⁵³⁷ También hay que considerar positivamente el elemento comunitario que tiene el acuerdo y la posibilidad de que éste no tenga necesariamente un contenido económico, teniendo en cuenta siempre que la mediación no se contempla como una disyuntiva al proceso, sino como una alternativa más entre las existentes para solucionar el conflicto penal.

Aunque parezca paradójico, hay que recordar que en un principio las ADR fueron creadas huyendo de todo normativismo y retribucionismo, y tratando de evitar la jurisdicción. Sin embargo, hoy día se contemplan como una alternativa o un complemento a la justicia tradicional, y no como una disyuntiva a la misma. La propia terminología y este carácter de complementariedad con la base de la evolución de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) a las *Adequated Dispute Resolution* (ADR), no ya contrapuestas a la jurisdicción sino integradas en ella. Como se ha visto en el apartado anterior, estas experiencias de la justicia restaurativa, que tuvieron su origen en EEUU en una época y en unas circunstancias ya analizadas, se han visto injertadas en los procesos penales de casi todos los países.

En dicho país existen diversas modalidades de mediación entre las que se encuentran, a título de ejemplo, las llamadas “conferencias de grupo familiar o comunitario” en las que intervienen, además de la víctima y el infractor, miembros de la comunidad o representantes de esta en supuestos en los que existe un componente comunitario en el conflicto. Existen también los llamados “círculos sentenciadores”⁵³⁸ vinculados con la jurisdicción, y que constituyen una modalidad de mediación en este ámbito. El fenómeno se ha replicado en los países de ámbito continental, donde estas técnicas tuvieron su entrada, en un primer lugar, en la Jurisdicción de menores para expandirse después a la de adultos.

En conclusión: la mediación debe estar integrada en el proceso penal con carácter complementario y con los requisitos y garantías reglados, así como con las consecuencias del

El apartado segundo señala la confidencialidad de los debates desarrollados y el apartado tercero que “la víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

⁵³⁷ Esta inserción tiene según GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, “La mediación penal en España”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile, op.cit.*, pp. 25-30, una dimensión constitucional en la medida que los derechos fundamentales de naturaleza procesal han de quedar asegurados, esencialmente el derecho de defensa. La institucionalización de la mediación penal en el país vecino es estudiada por PACHECO, DANIELA, “La perspectiva portuguesa de la institucionalización de la mediación”, *Revista de Mediación*, núm. 2/2014, que alude, tangencialmente, en el artículo a las experiencias de justicia restaurativa penal llevadas a cabo en Portugal.

⁵³⁸ Los círculos toman su nombre, afirma VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial, op.cit.*, pp. 74-81, de la forma en que se produce en encuentro. Su origen estuvo relacionado, según manifiesta, con la dificultad cultural de ciertas etnias o grupos sociales para conducirse por el proceso penal tradicional. Por otra parte, sus fines pueden ser diversos: terapéuticos, sociales, de apoyo... La gestión de los mismos apareja una serie de rituales y técnicas muy elaboradas y con un componente psicológico alto: finalmente, observa, la mayor virtud de este mecanismo consiste en reforzar los vínculos sociales para lograr una mejor resocialización del infractor. Sobre las técnicas o categorías restaurativas actuales trata MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, DANIEL, *Justicia restaurativa y sistema penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 124-129, estudiando, además de la ampliamente mayoritaria mediación, los círculos restaurativos y la conciliación penal.

acuerdo legalmente preestablecidas, y siempre controladas por el juez y el fiscal, lo que garantizará que se respeten los principios procesales, los derechos y las garantías de los participantes.⁵³⁹ El hecho de que la mediación sea un complemento de la jurisdicción guarda una íntima relación con el principio de proporcionalidad⁵⁴⁰, entendiendo éste cómo la ponderación de diferentes elementos y variables, circunstancias objetivas, subjetivas y personales, para derivar o no un supuesto concreto a mediación penal. En el sistema procesal penal la mediación se ha materializado por medio de diversos instrumentos tales como el principio de oportunidad, la derivación o diversión que termina en forma de pena atenuada, o mediante la suspensión en la fase de ejecución de condena. Aunque esta opinión parece la mayoritaria en la doctrina, hay voces discrepantes al respecto, considerando que la mediación perturba gravemente la potestad jurisdiccional del Estado.⁵⁴¹

2.3.2.4. **Ámbito de la mediación penal según las modalidades delictivas.**

Existen diferentes criterios para determinar el ámbito de aplicación de la mediación penal.⁵⁴² Sustancialmente, se reducen a dos: incluir tan solo las infracciones penales de menor gravedad, o, en segundo lugar, no hacer excepción con el tipo de delito, pero establecer unos requisitos para su eventual sometimiento a mediación, que habrían de referirse a las

⁵³⁹ Sobre la mencionada cuestión QUINTERO OLIVARES, GONZALO, "La justicia restaurativa en el marco del Código Penal español", AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil, op.cit.*, pp. 391-412, comentaba que en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial elaborada por el CGPJ en 2013, se recoge que "el primer requisito para la implantación (se está refiriendo a la mediación en la justicia penal) es, lógicamente, su regulación legal a través de las reformas necesarias de nuestro ordenamiento jurídico actual en el orden penal (...). La última guía publicada a la que hemos tenido acceso -2016-, en su protocolo de mediación penal (pp. 93-128) no repite aquella apreciación obvia, pero, cuando en su Anexo III, desarrolla el marco legislativo en que opera la mediación, queda patente la falta de regulación expresa y sistemática sobre la materia.

⁵⁴⁰ La proporcionalidad tiene, según MIR PUIG, SANTIAGO, "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal", AAVV, (Coord. ECHANO BASALDÚA, JUAN IGNACIO), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, op.cit.* p. 352, íntima relación con el derecho propio de un estado democrático puesto que se ha de guardar relación entre la gravedad que la sociedad asigna a la infracción penal y la entidad de ésta. Aunque la afirmación está hecha en el contexto a la pena, el razonamiento que subyace es válido para cualquier operación jurídica que haya de ponderar diversos beneficios y perjuicios de una determinada opción. Breve pero clarificador QUINTERO OLIVARES, GONZALO, "Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia", *op.cit.*, pp. 33-36, se expresa sobre este principio jurídico polivalente, al que el profesor, sin embargo, otorga poca función real.

⁵⁴¹ Una de las voces más críticas, y repetidamente citada, es la del profesor CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, "El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal" *op.cit.*, cuyas ideas es interesante transmitir por cuanto, aun no compartiéndolas, arrojan mucha luz sobre los evidentes peligros que puede traer una mala regulación o una mala praxis de la justicia restaurativa. El autor niega la premisa de los teóricos de la justicia restaurativa de que entre víctima e infractor-victimario exista conflicto alguno, si lo hay es consecuencia de que se tornen partes enfrentadas en el proceso penal, pero, sostiene, el conflicto no existe en el plano material. La base del sistema procesal está construida precisamente dejando fuera a la víctima, y atribuyendo al Estado la potestad de sancionar conductas definidas por el Legislativo como infracciones penales. Según ello, el principio de legalidad y la necesidad del proceso para determinar la pena correspondiente excluyen cualquier solución mediadora como ajena a ese esquema, pues la sitúan fuera de la ley y de la Constitución, incluso, y esto es importante, "aunque la sanción se disfraza de acuerdo y la "pena" de medida restauradora". Consideramos que, aunque el razonamiento tiene lógica, ignora que el propio Legislador ha introducido mecanismos de oportunidad que resultarían igual de inconstitucionales siguiendo dichos argumentos *ad pedem litterae* y que en la fricción entre el principio de legalidad y el de oportunidad penal los ordenamientos jurídicos, no solo el español, han encontrado un punto de compromiso entre ambos en la llamada oportunidad reglada.

⁵⁴² Realiza un análisis exhaustivo y meticuloso de cuál puede ser el ámbito de la mediación con un estudio de las infracciones penales susceptible de tal herramienta BARONA VILAR, SILVIA, *Mediación penal; fundamento, fines y régimen jurídico, op.cit.*, pp. 284 -314. El caso de víctimas especialmente vulnerables es también muy problemático. Estudia la cuestión MARTÍN DÍZ, FERNANDO, "Mediación con víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades", AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea, op.cit.*, pp. 516-523, que llega a la conclusión de que la desigualdad, que es base de la vulnerabilidad, privaría de la posibilidad de mediación que debería operar en estos casos con carácter totalmente excepcional.

circunstancias de infractor y víctima.⁵⁴³ El ALECr 2011 optaba por el primer sistema, reduciéndola a los delitos menos graves (arts. 149.1 y 150.1 ALECr 2011)⁵⁴⁴ pero, incluso, dentro de estos parámetros podría el Ministerio Fiscal excluirla en atención a determinadas circunstancias. El posterior BCPP 2013 optaría por el segundo modelo, una admisibilidad general, pero dejándola realmente a criterio del Ministerio Fiscal ya que la podía inadmitir siempre que la considerase inadecuada en razón de la naturaleza del hecho (art. 144.2 BCPP 2013). Por otra parte, y respecto a qué tipo de delitos deberían ser susceptibles de mediación, es posible vislumbrar algunas variables: existencia o no de víctimas, tipo de hechos y sus circunstancias, elementos subjetivos, o modulaciones relativas a la conducta, entre otros.⁵⁴⁵ En términos cuantitativos, los delitos contra el patrimonio, los más abundantes estadísticamente, parecen también muy propicios para la mediación.

Algunos supuestos, empero, pueden ofrecer complicaciones. Existen ciertos tipos de delitos donde no encontramos una víctima concreta, donde no resulta individualizable. Nos referimos a los delitos de riesgo abstracto. Se ha planteado la dificultad de cómo acometer la mediación en tales supuestos, es decir, cómo llevar a cabo las sesiones de mediación sin víctima presente. Una práctica habitual en tales casos ha sido su sustitución por una “víctima subrogatoria o simbólica”, pero, aunque ello lo haría factible, en cierto modo, rompe el esquema subjetivo de la mediación basado en personas concretas con intereses determinados. Quienes sostienen esta posibilidad⁵⁴⁶ exponen la potencialidad que tienen personas que han sufrido el

⁵⁴³ Sobre este punto ilustra la cuestión DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La justicia restaurativa penal” *op.cit.*, que explica que coexisten en derecho comparado dos sistemas: el de la gravedad del caso y el de un listado de delitos predeterminado, o que, incluso, hay países que combinan ambos. Así, en cuanto a la entidad de los hechos, predomina la decisión de aplicar la mediación a delitos no muy graves (Colombia, hasta 5 años de prisión; Eslovenia, hasta 3 años; Francia, pequeña delincuencia), pero en Canadá se aplica, incluso, a casos de violencia severa, como las agresiones sexuales o la tentativa de asesinato. Lo cierto es que no existe acuerdo sobre qué ámbito delictual debería ser el aplicable a la mediación penal. Este aspecto lo trata CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, ADÁN, La mediación penal en España, AAVV, (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal, op.cit.*, pp. 233-255, exponiendo que la doctrina se encuentra dividida al respecto. A pesar de que en la mayoría de los ordenamientos de países de nuestro entorno se ha optado por circunscribir la mediación para los delitos de escasa entidad, el autor se manifiesta a favor de incluir cualquier tipo de delito, pero de manera circunstanciada atendiendo a cada caso concreto y teniendo siempre en consideración la satisfacción de los intereses de los intervinientes pero también los de la sociedad, y, siempre, sometiendo el acuerdo al control judicial para que no se produzca una conculcación de las garantías del infractor, y ello, además, sin que se considere para la derivación el mero criterio económico de descongestionar la Administración de Justicia. El factor decisorio clave en este contexto sería ponderar si existe o no una desigualdad entre las partes. La opción de abrir el abanico penológico de delitos susceptibles de mediación penal es defendida por AGUILERA MORALES, MARIEN, “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *Revista del Departamento de Derecho, Universidad de La Rioja*, núm. 9/2011, que considera que lo significativo no es, tanto la gravedad de la conducta, como otros criterios tales como las relaciones entre víctima e infractor, o la naturaleza de la infracción, pudiendo de esa manera, aprovecharse las virtudes de la mediación para un número mayor de delitos.

⁵⁴⁴ Como máximo pena de prisión de dos años, multa en cualquier extensión y privación de derechos no superiores a 10 años.

⁵⁴⁵ Para ofrecer un ejemplo de la dificultad -pero considerándola viable- de la mediación en cierto tipo de delitos es ilustrativo el trabajo de GARCÍA ARÁN, MERCEDES, “Reparación de la víctima y mediación en la delincuencia económica”, AAVV, (Dir. REBOLLO VARGAS, RAFAEL, TENORIO TAGLE, FERNANDO), *Derecho penal, constitución y derechos, op.cit.*, pp. 122-136.

⁵⁴⁶ A veces, escribe SOLETO, HELENA, “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación de la víctima en el proceso penal”, AAVV, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA, IGNACIO JOSÉ), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia, op.cit.*, p. 275, o bien el agresor es una persona desconocida o bien no se encuentra disponible, por lo que es posible sustituir al victimario por infractores de delitos análogos para poder llevar a cabo la mediación. El supuesto más común, empero, será cuando se trate de un delito de peligro abstracto. La profesora GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La Mediación Penal, hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal, op.cit.*, pp. 87-88, manifiesta que hay quien no ve posible mediación en estos supuestos ya que se trataría de un artificio impropio al no existir propiamente víctima. Otros, por el contrario, apunta, refiriéndose a RÍOS MARTÍN-OLABARRIA IGLESIAS, “Conclusiones del curso de mediación civil y penal: dos años de experiencia”, *Revista de Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136/2007, se muestran partidarios de la subrogación, o sustitución por víctimas simbólicas, para aprovechar el potencial conciliador y resocializador que ofrece la mediación.

delito para concienciar y responsabilizar de sus hechos al infractor, consiguiendo así el propósito de la prevención especial; se suele citar el ejemplo de los toxicómanos en delitos contra la salud pública o personas que han sufrido lesiones por accidentes en delitos contra la seguridad del tráfico.

Otro tipo de delitos con dificultades para la práctica de la mediación son los relativos a la violencia de género y en este caso no porque se trate de un delito de riesgo, sino por una opción legislativa que lo prohíbe. Efectivamente, el art. 44.5 LVG excluye expresamente de la mediación penal este tipo de delitos. La razón de ser de la prohibición, quizá, hay que encontrarla en que el legislador estaba aludiendo a la mediación civil, ya que dicha prohibición recae en un artículo ubicado en el proceso civil de familia que la mencionada ley, con determinadas limitaciones, atribuye también a los Juzgados de Violencia contra la mujer con cualidad de Juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, más bien parece lo lógico que habría que relacionar dicha prohibición con la desigualdad intrínseca entre las partes que subyace en la tipificación penal.

La LVG surgió con el propósito de proteger a un colectivo vulnerable con la adopción de medidas para reequilibrar su posición de manera efectiva; la distinta penalidad de la misma conducta típica que conlleva este delito en función del sexo del autor, al presuponer una vulnerabilidad en la mujer, fue objeto de una cuestión de constitucionalidad a la que el TC respondió considerándola ajustada a la constitución bajo la inteligencia del art. 9.2 CE.⁵⁴⁷ Los poderes públicos tienen, según dicho artículo, la obligación de adoptar medidas para hacer reales y efectivos la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

A esta consideración habría que añadir que el carácter imperativo de la medida que prevé el art. 57 CP, que obliga en todo caso a imponer como pena accesoria de alejamiento en este tipo de delitos, es un obstáculo material insalvable para la práctica de la mediación. La EM de la LVG, menciona “los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre”. Difícilmente pues, desde una posición de desigualdad, que la ley da por sentada, puede soslayarse este requisito básico para la práctica de la mediación.

Cabría, sin embargo, un resquicio para dejar vía a la mediación antes de dicho pronunciamiento si en la comparecencia para acordar medidas cautelares del juicio rápido⁵⁴⁸ se pide de común acuerdo no dictar ninguna medida cautelar, existiendo entonces tiempo para practicar la mediación sin que pese la prohibición de acercamiento.

⁵⁴⁷ Sentencia 59/2008, Pleno, de 14 de mayo de 2008, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008, Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del CP, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La sentencia, dada por el Pleno y con tres votos particulares, resolvía la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 153.1 CP en la redacción que le dio la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, que, como es sabido, consagra una penalidad diferente por el mismo hecho en función del sexo del infractor, motivo por el que se dudaba de su constitucionalidad al infringir el derecho a la igualdad del art. 14 CE. El Tribunal consideró que el principio de igualdad no es incompatible con un trato diferenciado siempre que se justifique por un fin legítimo y no se viole el principio de proporcionalidad con la pena.

⁵⁴⁸ Forma en que tienen entrada en los juzgados de violencia contra la mujer o de Instrucción en funciones de guardia, la práctica totalidad de dichos asuntos.

A modo de conjetura se puede pensar que, si no existiese el impedimento legal citado, un informe del mediador con base al de un psicólogo (para poder determinar la conveniencia o no del procedimiento mediador) podría dejar expedita dicha vía. A pesar de la rotundidad de la prohibición, y tras los muchos años que lleva en vigor dicha ley, sería momento de recapitular y ajustar la ley a situaciones de diversa naturaleza.⁵⁴⁹ Aunque la tipificación de la conducta sea la misma, las situaciones que están tras la violencia de género no son en absoluto uniformes. Es muy diferente una situación de enfrentamiento mutuo y cruzado con episodios violentos, incluso recíprocos, que una violencia unilateral o una estructural, y son muy diferentes las situaciones de desigualdad emocional en cada caso. Esa configuración rígida de modelo de víctima ha originado en la práctica judicial muchos problemas; quebrantamientos consentidos por las víctimas, retractaciones, negativas a declarar... En principio, lo determinante sería establecer si la voluntariedad y la igualdad⁵⁵⁰ existen entre los miembros de la pareja, para establecer si el supuesto en concreto es susceptible de mediación. Además, en general, el ámbito familiar es uno de aquellos en que la mediación puede resultar más eficaz al restablecer los cauces de comunicación deteriorados o rotos en el momento de ruptura de la pareja.

En lo tocante a delitos contra la autoridad, atentado, resistencia y cometidos por funcionarios públicos, se puede plantear la desigualdad que existe entre las figuras públicas y el infractor, por lo que no parecen un tipo de delitos apropiados por su naturaleza para la mediación. Por otra parte, cuando en un mismo asunto existen varios infractores y algunos quieran someterse a mediación y otros no, pueden surgir problemas; el reconocimiento de los hechos por parte de alguno puede interferir el proceso seguido contra los otros, y perjudicar su derecho de defensa o su presunción de inocencia. La ponderación de tales supuestos no resultaría nada sencilla. El asunto ha sido previsto en los Anteproyectos que se estudiarán al final de este epígrafe, con posiciones contradictorias en lo referente a las conformidades, pero perfectamente transferibles a la mediación penal, por ser el instrumento de la conformidad vía para éste.

2.3.2.5. Mediación penal y derecho al proceso debido.

Encontrándose la mediación penal integrada en el proceso, los derechos y principios procesales reconocidos a las partes deben ser también asegurados en la mediación penal de forma resuelta.⁵⁵¹ La justicia restaurativa debe contener las garantías del proceso justo y, por ello, estar inserta en los sistemas judiciales, tal como recoge, entre otras, la Recomendación CM/ REC (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia

⁵⁴⁹ Tras tratar sobre los argumentos tradicionales a favor y en contra de la mediación para supuestos de violencia de género, BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA, “Justicia restaurativa y violencia de género: experiencias en Derecho comparado”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, op.cit.*, pp. 172-182, repasa programas de mediación que sí incluyen estos supuestos en otros países de nuestro entorno, tales como Austria, Grecia, EEUU, o Nueva Zelanda, donde existe un gran desarrollo al respecto. Resulta interesante reseñar la diferenciación, a los efectos de la conveniencia de derivación de estos casos, que recoge la autora. Habría así casos de violencia recíproca, otros que se tratarían de incidentes aislados y relacionados con el estrés, y, por último, aquellos otros que sí evidencian una situación de dominación. Tan sólo para estos últimos no sería adecuada la mediación.

⁵⁵⁰ Con expresiones tales como subordinación, desequilibrio de poder, minimización del riesgo, miedo, o dependencia.

⁵⁵¹ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 24 de noviembre de 1977, y con entrada en vigor el 4 de octubre de 1979, establece en su art. 6 el derecho a un proceso equitativo.

restaurativa penal, adoptada por el Comité de Ministros el 3 de octubre de 2018 en la 1326ª reunión de los delegados de los ministros.

La justicia restaurativa ha sido objeto de críticas en relación con las posibles colisiones o interferencias con los principios que constituyen el proceso debido. Principios tales como la igualdad de armas, o derechos como el acceso al proceso, o el de defensa, pueden quedar erosionados durante el procedimiento de mediación. En los siguientes epígrafes se estudian brevemente las objeciones que habitualmente se han efectuado en este sentido, así como las réplicas que han obtenido.⁵⁵²

2.3.2.5.1. Principios de legalidad y oportunidad.

La justicia restaurativa puede suponer una conculcación del principio de legalidad penal⁵⁵³, toda vez que, según éste, el derecho a imponer castigos penales corresponde en exclusiva al Estado mediante sus órganos judiciales. Ahora bien, es una obviedad que es imposible perseguir todos los delitos que se producen. Para hacer frente a esa imposibilidad manifiesta se utiliza en el ámbito del proceso penal una herramienta, el principio de oportunidad⁵⁵⁴, que tiene su ubicación natural en ámbito del Derecho privado, donde se dirimen conflictos de esta naturaleza en los tribunales de instancia por iniciativa de los interesados. Los presupuestos del proceso penal son, sin embargo, muy diferentes, porque se considera que el interés que prima no es privado, sino público; no existe propiamente un interés del ofendido, un derecho subjetivo concerniente a él. En el Derecho Penal el principio de oportunidad nos transporta mentalmente al Ministerio Fiscal, puesto que es a esta institución del Estado a quien corresponde su aplicación, consistente en solicitar al órgano de enjuiciamiento unas penas menos radicales en lugar de otras más severas, apreciando discrecionalmente unas circunstancias legalmente preestablecidas en base a criterios de política criminal. Estas circunstancias suelen estar ligadas, normalmente, a razones de resocialización y reeducación de los infractores, y satisfacción económica y moral a la víctima. Los críticos con este mecanismo argumentan que solo un órgano jurisdiccional, a través del proceso, puede determinar si existen

⁵⁵² Seguimos en este punto por su claridad expositiva a SOLETO MUÑOZ, HELENA, “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal” *op.cit.*, pp. 249-281.

⁵⁵³ A nivel internacional este principio viene sufriendo un imparable repliegue que el autor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO *La justicia penal, legalidad y oportunidad, op.cit.*, pp. 13-20, relaciona con el fenómeno de la globalización y con el debilitamiento de las garantías procesales en aras a criterios utilitaristas y económicos. Por el contrario, el principio de oportunidad se muestra pujante y dispone de un margen de actuación notable. En referencia al mismo y en el contexto de la Fiscalía Europea GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, AAVV, (Coord. VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la UE, op.cit.*, pp. 562-573, estudia su aplicación, deteniéndose en los supuestos de desistimiento por escasa relevancia de los hechos, o la terminación anticipada reconduciendo los casos a procedimientos más simples.

⁵⁵⁴ Es un principio discutido en el ámbito penal y en pugna teórica con el principio de legalidad, según desarrolla la autora CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las paradojas de mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal”, *La Ley penal*, núm. 103/2013, que se pregunta, considerando primeramente el criterio terminológico, si “principio” y “oportunidad” son dos vocablos que guarden coherencia entre sí, ya que mientras el primero gira en torno a la idea de generalidad, el segundo lo hace sobre la de excepcionalidad. Partiendo de esa idea, llega a la conclusión de que, ontológicamente, no resulta posible regular lo casuístico, es decir, la oportunidad, siendo a lo sumo posible configurarlo como un criterio, no una regla.

esas circunstancias despenalizadoras -al menos con las garantías debidas-. Este incremento del poder del Ministerio Fiscal puede provocar desconfianza.⁵⁵⁵

Consecuentemente, el catálogo de todas las infracciones penales y su sanción han de estar previamente legislados.⁵⁵⁶ Ahora bien, junto con este principio de legalidad penal coexiste la posibilidad de “composición privada” en esta rama del Derecho, con ciertas limitaciones; la primera que no se reconozca derecho subjetivo alguno del ofensor sobre la imposición de la pena, y, en segundo lugar, cuando el uso de este mecanismo no perjudique los fines de ésta. Además, la Justicia penal reconoce mecanismos vía al principio de oportunidad reglada en que se puede encuadrar la justicia restaurativa. El más importante de éstos es el instituto de la conformidad, una modalidad profusamente usada en la práctica judicial española que, sin embargo, no ha servido para mejorar la situación de la víctima por más que sea un instrumento adecuado para ello.

2.3.2.5.2. Principios de igualdad de armas y bilateralidad.

En el caso de la justicia restaurativa, la bilateralidad propia del proceso penal y consecuencia o traslación del principio de igualdad al plano del proceso, ha de ser también llevada a aquél. La bilateralidad supone igualdad de oportunidades a los intervinientes en el procedimiento, y también en el de mediación las partes deben gozar de la misma.

La igualdad tiene un especial significado en el proceso penal porque las partes que intervienen en él cuentan con una evidente diferencia en cuanto a su importancia. Así, el Ministerio Fiscal dispone de unos medios que no están al alcance de cualquier justiciable. Cada parte debe contar con una posibilidad razonable de presentar sus alegaciones y sus pruebas en unas condiciones que no la coloquen en situación de neta desventaja en relación a su adversario.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ En este sentido opina MONTERO AROCA, JUAN, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 78-79, que mantiene que quitar poder a un órgano imparcial e independiente como son los jueces y Tribunales, para otorgárselo al Ministerio Fiscal, bajo la dependencia jerárquica del Gobierno, no es buena idea. El Ministerio Fiscal operaría así con una discrecionalidad que le permitiría bien no ejercitar la acción penal, pedir una pena inferior a la prevista, o concluir anticipadamente el proceso. Esta discrecionalidad, por muy matizada que estuviese por medio de ciertas reglas, no dejaría de ser una quiebra y una perversión del sistema penal. Los siguientes autores entienden, por otra parte, que la oportunidad se encontraría proscrita ante la sujeción del fiscal al principio de legalidad: FUENTES SORIANO, OLGA, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, p. 258, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, AAVV, *La reforma del proceso penal, Ministerio de Justicia*, centro de publicaciones, Madrid 1989, pp. 287-308. En sentido contrario, Díez-Picazo, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, op.cit., p. 14.

⁵⁵⁶ Insiste en esta idea el profesor ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “La mediación penal en adultos: algunos presupuestos para su incorporación al ordenamiento español”, AAVV, (Dirs. ETXEBARRIA ESTANCONA, KATIXA, ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La resolución alternativa de conflictos*, op.cit., pp. 163-182, manifestando que el principio de oportunidad tiene que estar debidamente regulado para superar vías forzadas, e incluso, claramente ilegales: pone el ejemplo de la ausencia de acusación del Ministerio Fiscal en juicios de faltas, cuando las partes habían llegado a un acuerdo, cuando, en puridad, debería acusar, no tratándose, al menos, de alguno de los supuestos recogidos para los juicios por delitos leves tras la reforma operada en el CP en 2015.

⁵⁵⁷ A este respecto ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Derecho a un proceso equitativo. Art.6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, (Dir. LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI), *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Comentario sistemático*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2015, pp. 203-298, exponen que la igualdad con la que las partes pueden actuar dentro del proceso es uno de los elementos básicos del proceso debido, art. 6 CEDH, tal como señaló la STEDH de 26 de febrero 2002, caso *Frette vs Francia*. En aquel supuesto el Tribunal condenó a Francia por discriminar en una adopción a un homosexual. No consideró violado en tal caso la prohibición de

Los principios esenciales del proceso penal y la mediación no son incompatibles, aunque ello no implica que las técnicas o mecanismos usados por uno y por la otra, sean iguales. La igualdad en este caso implica el equilibrio en las posiciones que deben mantener las partes dentro del diálogo, en que cada cual gozará de facultades semejantes para poder expresarse y desenvolverse en el procedimiento.

2.3.2.5.3. Derecho de acceso vs principio de adecuación al proceso.

Así como la CE reconoce al acceso a la jurisdicción a cualquier persona, no puede predicarse otro tanto respecto a la justicia restaurativa. Ni siquiera existe la obligación de implementar tal reconocimiento a la luz de la Directiva 2012/29/UE sobre víctimas, toda vez que ésta establece que el acceso a la Justicia restaurativa se producirá “si procede”, dejando dicha posibilidad a la voluntad del estado miembro. En realidad, el acceso a la justicia restaurativa⁵⁵⁸ será una opción sujeta al cumplimiento de requisitos relativos a su conveniencia, valorados de forma individualizada. Sólo así se podrá determinar si se puede dar paso o no a una derivación, es decir, tras la valoración de la adecuación del caso y eventual eficacia de la técnica. Este examen previo es propio de la justicia restaurativa, que se caracteriza por su adaptabilidad.

2.3.2.5.4. Derecho de defensa frente a garantías del procedimiento restaurativo.

El CEDH no recoge expresamente el derecho a guardar silencio y no confesarse culpable, pero ambos extremos están reconocidos internacionalmente en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966 (art. 14.3 g), así como por la Jurisprudencia del TEDH⁵⁵⁹, tratándose, además, de un derecho vinculado con la presunción de

discriminación (art. 14 CEDH), ni el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), pero sí el derecho al proceso debido puesto que el demandante no gozó de las mismas oportunidades durante el proceso que las demás partes.

⁵⁵⁸ El acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de la UE es el objeto, desde su vertiente estadística, del Cuadro de indicadores de la Justicia de la UE 2022, pp. 11-12, (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, Banco Central europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones COM (2022) 234). El gráfico correspondiente muestra los esfuerzos de los Estados miembros por promover las formas de ADR con incentivos específicos según su ámbito jurídico. La posición de España (en quinto lugar) en dicha materia es bastante positiva.

⁵⁵⁹ P.ej.. *Funke vs Francia*, S 25/002/1996, apdo. 68, *Gäfgen vs Alemania*, S 1 junio 2010. La interpretación jurisprudencial del derecho a no declarar contra sí mismo no se encuentra recogida explícitamente en el CEDH, pero es una consecuencia lógica del derecho a la tutela judicial efectiva, sostiene MILIONE FUGALI, CIRO, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pp. 150-152. Este derecho, según el profesor italiano, ofrece una doble vertiente: la de guardar silencio, y la de no declarar nada que pudiera perjudicarlo. En este sentido la STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 5º (VLEX 27580832), comentada por RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*, op.cit., pp. 423-424, establece que, si el fundamento de la sentencia condenatoria se justifica fundamentalmente en el hecho de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable por parte del acusado, la fundamentación resulta irrazonable e constitucionalmente inadmisibles. Sobre el nacimiento del derecho a la defensa técnica, la renunciabilidad a la misma, o su preceptividad, LÓPEZ JIMÉNEZ, RAQUEL, “La garantía del abogado defensor en el proceso penal”, AAVV, (Dirs. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 88-95. Centrándose en dicho derecho, pero en el contexto del procedimiento relativo a la mediación penal, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO, “Sobre el derecho de defensa en la mediación penal”, AAVV, (Dirs. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 172-180.

inocencia.⁵⁶⁰ Como se desprende fácilmente, en una mediación cuya base es el diálogo y que supone el reconocimiento de los hechos objeto del delito, al menos los esenciales, este derecho no puede tener contenido práctico. Dicho de otra forma, tomar parte en la mediación penal choca con este derecho.

Ciertamente, los programas de justicia restaurativa suelen partir de un hecho sobre el que existen fuertes indicios de culpabilidad, un reconocimiento de los hechos, una autoinculpación, o sobre el que versan denuncias cruzadas.⁵⁶¹ Además, las herramientas de justicia restaurativa gozan de mecanismos para que dicho derecho no se vea perjudicado, siendo el instrumento principal, en este aspecto, la confidencialidad de las negociaciones, de manera que, en el supuesto de fracaso, ni sean conocidas ni usables por el tribunal sentenciador.⁵⁶² Por añadidura, el abogado defensor del inculcado vigilará, desde el punto de vista de las garantías del derecho de defensa de su cliente, la conveniencia o no del procedimiento de mediación y le asesorará en este sentido. También el juez vigilará que las salvaguardas del proceso debido, entre ellas, la correspondiente al derecho de defensa, se cumplan. No obstante, la máxima garantía para el derecho de defensa consiste en la voluntariedad en la que se basa la mediación, pues en cuanto peligrase aquel, cualquier parte, en cualquier momento, puede revocar su consentimiento y dejar sin efecto la mediación, como recoge el art. 15.3 EVD.⁵⁶³

2.3.2.6. Modos de inserción de la mediación penal en la legislación procesal vigente en España.

2.3.2.6.1. Precedentes y ámbitos de la mediación penal en España.

Como ya se ha mencionado anteriormente, la primera previsión normativa de la mediación penal en España la introdujo la LORPM, al contemplar el sobreseimiento del expediente penal por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (arts. 19 y 33 LORPM). Previamente, habían existido experiencias paralegales, o proyectos-piloto, por medio de las Oficinas de Asistencia a la Víctima de diversas comunidades autónomas⁵⁶⁴, funcionando

⁵⁶⁰ Esta vinculación es atribuida por ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO “Derecho a un proceso equitativo. Art. 6 del Convenio”, (Dir. LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI), *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Comentario sistemático*, op.cit., pp. 203-298. Observa MARCOS GONZÁLEZ, MARÍA, “Los derechos del imputado y del acusado: Jurisprudencia europea y constitucional”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, op.cit., pp. 330-334, que el ejercicio del derecho, guardando silencio, no puede ser interpretado en contra de su presunción de inocencia según la jurisprudencia del TEDH. Este tribunal exige ciertas cautelas para poder usar el silencio como elemento incriminatorio, entre las cuales es la más importante la posibilidad de contacto y asesoramiento de su letrado.

⁵⁶¹ Resulta bastante claro que un reconocimiento básico de los hechos resulta necesario, como sostienen SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, PORRES GARCÍA, IZASKUN, SÁNCHEZ RECIO, MARTA, “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito”, op.cit., ya que una negación de aquél impediría, por respeto a la presunción de inocencia, que el caso se pudiera derivar, sin perjuicio de que la valoración jurídica o algunas especificidades del hecho se reconozcan abiertamente.

⁵⁶² Cabe pensar que el reconocimiento de los hechos por el infractor puede tener alguna influencia sobre la presunción de inocencia, razona ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?”, *Revista Brasileña de Direito Processual*, núm. 1/2019, por lo que es del todo preciso arbitrar garantías para que ello no ocurra.

⁵⁶³ El art. 15.3 EVD dispone “La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento”.

⁵⁶⁴ Por ejemplificar los resultados de la intervención en la mediación penal, y aunque el trabajo tenga ya algunos años, el estudio de PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, “La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid”, AAVV, (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un*

mediante diversos protocolos de características similares, en base a un esquema común que, con mucha brevedad, era el siguiente: la mediación se efectuaba en delitos y faltas sustanciados por los trámites de este último procedimiento⁵⁶⁵ y del procedimiento abreviado, previo reconocimiento de los hechos por los infractores. Tras una serie de fases, la Oficina emitía un informe con el acuerdo logrado o el anuncio de la ausencia del mismo. Recibido por el juzgado, en caso de haber acuerdo, existían diversas posibilidades procesales que, muy sucintamente, se resolvían de alguna de las siguientes maneras: el sobreseimiento del asunto en caso de desistimiento válido; conclusión de las diligencias y el consiguiente trámite de calificación del Ministerio Fiscal respetando los términos del acuerdo, traducidos en una minoración de la pena vía una conformidad; el sobreseimiento bajo condición, o la suspensión o sustitución de la pena (antes de su derogación).

El esquema que se describirá, a continuación, de los modos de articulación de la mediación penal en el proceso penal actualmente vigente, no puede obviar la consideración general de que, al faltar un tratamiento legal integral de las formas de justicia restaurativa, el panorama es francamente poco favorable.⁵⁶⁶

De conformidad a la legislación actualmente vigente, se pueden distinguir dos ámbitos de inserción de la mediación en el proceso penal: uno en relación con ciertos delitos leves, y otro mediante medidas de diversión o derivación por medio de los instrumentos procesales de las conformidades, la atenuante de reparación del daño,⁵⁶⁷ perdón del ofendido, y mediante la suspensión de la ejecución.

2.3.2.6.2. Sobreseimiento por el principio de oportunidad en el ámbito de los delitos leves.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el art. 963.1.1ª LECr prevé la posibilidad de que el juez acuerde el sobreseimiento y archivo de las diligencias si lo solicita el

renovado impulso, *op.cit.*, pp. 361-392, tiene mucho interés, ya que expone, de forma clara y gráfica, sirviéndose de esquemas, cuadros sinópticos y representaciones, el procedimiento de mediación penal y sus resultados, exitosos, en el periodo comprendido entre 2006 y 2010 en los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid.

⁵⁶⁵ Este tipo de procedimiento desapareció por la modificación operada mediante la LO 1/2015 de reforma del CP. El principal motivo para ello fue, como suele ser habitual, de orden económico. El legislador lo justificó invocando la racionalización del servicio público de justicia, el principio de intervención mínimo, y la suposición de que el Derecho Administrativo sancionador podría cumplir la función de muchos supuestos tipificados como faltas. En relación a esta temática GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, “La supresión del libro III y los delitos leves”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZAO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, *op.cit.*, pp. 22-28, que, aunque aplaude la medida, deja ver algunos de los problemas que puede generar su supresión.

⁵⁶⁶ Sin una positivización que estructure un marco legal integral, razona el profesor ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, “El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de las RAC/ADR”, AAVV, (Dir. ETXEBARRIA ESTANCONA, KATIXA, ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La resolución alternativa de conflictos*, *op.cit.*, pp. 53-74, no se puede crear un clima propicio para al desarrollo de la justicia restaurativa.

⁵⁶⁷ MAGRO SERVET, VICENTE, “Situación actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la atenuante de reparación del daño”, *Revista La Ley Penal*, núm. 157/2022, hace ver que su aplicación no depende tanto de la efectiva indemnización al perjudicado como de la voluntad del infractor a reparar el daño.

Ministerio Fiscal y se dan las circunstancias que enumera el artículo y que ya se han estudiado previamente.⁵⁶⁸

Este sobreseimiento es aplicable a delitos leves (sancionados con pena leve o menos grave, de conformidad con el art. 13.4 CP, y enjuiciados según las disposiciones de los arts. 962 y ss LECr, según la DF 2ª 9 de la LO 1/2015). Hay que tener en cuenta que, aunque el fiscal debe acudir a todos los juicios por delito leve a que es citado, el art. 969.2 LECr le autoriza a no hacerlo⁵⁶⁹ bajo determinadas circunstancias.⁵⁷⁰ En este contexto procesal cabe también una terminación por mediación alcanzándose una reparación.

La Circular de la FGE 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015 trató de fijar criterios y resolver dudas sobre la interpretación de la ley citada.⁵⁷¹

La determinación del ámbito de aplicación del principio de oportunidad en el enjuiciamiento de los delitos leves, planteaba, según la Circular, problemas derivados de la interpretación que se podía otorgar al art. 13.3 y 4 del CP en aquella nueva redacción. El criterio seguido por la FGE para averiguar dentro de qué penalidad se podía ejercitar la oportunidad, puede decirse que, de alguna manera, fue cuantitativo y no nominativo.⁵⁷²

⁵⁶⁸ Estudia, con ocasión de la reforma penal operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, esta modalidad MARTÍN PASTOR, JOSÉ, “La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español”, AAVV, (Coord. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales, op.cit.*, pp. 49-63, que, tras repasar sus ámbitos de aplicación, modalidades, supuestos de delitos semipúblicos y privados, requisitos y problemática de la víctima en el tipo de delitos leves, concluye que la introducción del principio de oportunidad, que reclamaban los proyectos de 2011 y 2013, ha sido muy limitada y tímida, y ello porque, además de ceñirse tan solo a los delitos leves, la exigencia de la muy escasa gravedad resulta muy obstativa para su aplicación. Adicionalmente, se opta, manifiesta, por una aplicación economicista del principio apartando consideraciones de intereses personales (de la víctima, del menor, del sujeto amenazado...). Explica el contenido y requisitos del art. 936.1.1ª LECr, DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “Víctimas de delitos y acción penal”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales, op.cit.*, pp. 90-94, calificándolos de laxos, toda vez que la materialización de la facultad otorgada al fiscal va a depender de la valoración del concepto jurídico indeterminado “interés público” que éste efectúe. Sobre determinadas manifestaciones del principio de oportunidad en el ámbito de los delitos leves, LIBANO BERISTAIN, ARANTZA, “La perseguibilidad a instancia de parte como proyección de las facultades de la víctima”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales, op.cit.*, pp. 128-133.

⁵⁶⁹ Caso de delito leve perseguible por denuncia del ofendido o perjudicado.

⁵⁷⁰ En efecto el art. 969.2 LECr dispone “El fiscal asistirá a los juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En estos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena”.

⁵⁷¹ La circular en sus consideraciones preliminares describe el alcance de la reforma, para pasar a continuación, a examinar las características generales del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, subrayando que “La reforma afecta a los arts. 962.1, 963, 964, 965.1, 966, 967.1, 969.2, 973.2 y 976.3 LECr, sin alterar el diseño general del anterior juicio de faltas (...)” e identificando el núcleo más significativo de la reforma en la introducción de la oportunidad reglada para este tipo de delitos, los que llama “materialmente intrascendentes”, pero sólo aplicable a ellos.

⁵⁷² La circular, ante la duda que podía planear el art. 13.4 CP, al referirse a que cuando la pena, por su extensión, pudiera considerarse, tanto leve, como menos grave, debía considerarse, “en todo caso, como leve” concreta así la interpretación que hace al respecto: “En el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve, aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave.” A la luz de esta interpretación el margen de aplicación del principio de oportunidad no es tan pequeño como pudiera, a primera vista, parecer. La interpretación legal aportada por el art. 13.4 CP tras su reforma de 2015, supone, manifiestan JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La reforma procesal penal de 2015, op.cit.*, pp. 185-187, que el delito se

Una vez recibido el atestado en el Juzgado, como ya se ha indicado, cabe la posibilidad, según el art. 963.1 LECr, de que el juez acuerde el sobreseimiento a petición del fiscal a la vista de las circunstancias ya referidas, y que se basan en la intrascendencia del hecho, las circunstancias del autor, y la falta de interés público en la persecución. El artículo, incluso, interpreta que no existe tal interés público cuando no medie denuncia y en caso de haberse reparado el daño. Este archivo por razones de oportunidad es extensible a todo tipo de enjuiciamiento para delito leve (art. 964.2 LECr, o art. 965.1.1ª LECr).

2.3.2.6.2.1. Delito leve semipúblico.

En aquellos delitos en que se exige como requisito de procedibilidad la denuncia del ofendido, y en los que éste otorgue el perdón (art. 130.1.5º CP), así como en los delitos leves de injurias graves con publicidad (art. 209 CP), entiende la Circular de la FGE reseñada, que ambas instituciones privatizan, en alguna medida, la acción penal y que ésta queda sujeta a la voluntad del ofendido de ahí que “la ley haya decidido excluir el informe del fiscal sobre la oportunidad del ejercicio de la acción penal, y sustituirlo por la decisión de inasistencia al juicio oral”. Además del mencionado, la denuncia previa es requisito de procedibilidad en otros delitos: homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), lesiones graves por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP), amenazas y coacciones leves que no sean del ámbito doméstico (arts. 171.7,1 y 172.3,1 CP), y daños causados por imprudencia grave por un importe superior a 80.000 euros (art. 267 CP). La LO 1/2015 ha añadido a éstos las lesiones dolosas leves (art. 147.3 CP), de naturaleza pública cuando eran faltas.

La Circular de la FGE 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, señala que los fiscales podrán dejar de asistir a al juicio y emitir los informes pertinentes, cuando se trate de delitos que exigen denuncia del ofendido o perjudicado. La inasistencia del fiscal no conllevará el sobreseimiento del caso, pues, tal como prevé el art. 969.2 LECr, podrá asistir el denunciante y sostener la acusación. Obviamente, salvo que no sea lego en Derecho, no podrá calificar los hechos y solicitar pena concreta. Como se desprende del artículo citado, su pretensión es favorecer el ejercicio de la acción penal.

En este contexto, sería conveniente que la mediación se ubicase antes del proceso, no formulándose denuncia o no presentándose el denunciante al juicio por acuerdo mediador previo, o bien manifestado el acuerdo en la vista oral para que fuese recogido en sentencia.

2.3.2.6.2.2. Delito leve público.

En este tipo de delitos opera el principio de oportunidad reglado y puro. Los mecanismos procesales para vehicular la mediación en ellos son el sobreseimiento o la inasistencia del fiscal al acto de juicio. Los criterios que el Ministerio Fiscal debe observar para

considerará leve aunque la pena pudiera llegar, por su extensión, a ser menos grave (art. 33.3 CP). La reforma, por consiguiente, ha supuesto que delitos antes considerados menos graves pasen a ser leves: algo que ocurre con delitos cuya pena mínima es tres meses de multa, pero cuyo tramo restante supera la pena correspondiente al delito leve. Los autores observan al respecto, alguna situación un tanto chocante, como, por ejemplo, la relativa al delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1 y 2 CP, competencia del Tribunal del Jurado, y que, merced a esta reforma, se considera delito leve, aunque dentro de la competencia del citado tribunal.

aplicar la oportunidad vienen recogidos en el art. 963.1.1ª LECr: la escasa gravedad del delito y la inexistencia de interés público en su persecución.⁵⁷³

Para determinar los criterios interpretativos de cada uno de estos conceptos se emitió la Circular de al FGE 1/2015. Este texto, al tratar los elementos motivadores de la solicitud de archivo en su apartado 6.2.1, concede importancia al criterio económico, entendiendo que no procede gastar recursos públicos en infracciones de escaso alcance, de forma que el elemento crematístico característico del principio de oportunidad es recogido de forma expresa.⁵⁷⁴

Tras esta concreción general, la circular matiza que, en realidad, la no persecución penal se ciñe a delitos de “muy escasa gravedad”. Por consiguiente, se trata de una interpretación muy restrictiva; para ponderar esa escasa gravedad la Circular alude al valor relativo del bien jurídico afectado por la infracción y la intensidad del daño o del riesgo ocasionado; así si el bien jurídico afectado es de naturaleza personal resultará menos adecuado el uso de la facultad de sobreseimiento por razones de oportunidad, y, en segundo lugar, si el daño causado no se encuentra debidamente reparado tampoco resultará conveniente. Otras circunstancias de índole personal, como la edad del infractor, o sus antecedentes penales o anotaciones de condena, su conducta, arrepentimiento activo o acciones para reparar el daño, también habrán de ser tomadas en cuenta para tomar la decisión.

En relación con el segundo de los requisitos exigidos por el art. 963.1.1ª CP, ausencia de interés público en la persecución del hecho, la circular señala una serie de valores objetivos y subjetivos que ilustrarán al fiscal sobre la conveniencia de actuar la oportunidad o no. En este caso la circular esgrime unos argumentos limitativos a tal facultad, como son la repercusión del tipo de delito cometido en la comunidad -lo que viene a recordar el antiguo concepto jurídico indeterminado de la alarma social-, y la posición de la víctima en el caso concreto en aras a su defensa y satisfacción.⁵⁷⁵

⁵⁷³ En opinión de GIMENO SENDRÁ, VICENTE, “El principio de legalidad y el Ministerio Fiscal”, *La ley* núm. 2115/2016, uno de los requisitos que establece el art. 963.1.1ª LECr para que el Ministerio Fiscal pueda ejercitar en delitos patrimoniales leves el principio de oportunidad, está redactado de forma imprecisa. Se refiere – en estos delitos patrimoniales- a que se haya reparado el daño, y “no exista denuncia del perjudicado”. Ello plantea dos órdenes de dudas. La primera si la denuncia formulada ante la Policía se entendería comprendida o solo lo sería aquella efectuada ante el Ministerio Fiscal o el Juzgado: si fuese de esta última forma, la aplicación de la oportunidad no se reduciría de forma severa. La segunda duda, o más bien incorrección técnica del legislador, hace referencia al término “perjudicado” cuando debiera decir “ofendido”, titular de la acción penal. Normalmente, ambas cualidades suelen recaer en la misma persona, pero no es siempre así; el autor cita el frecuente caso de las compañías aseguradoras (perjudicadas) y su asegurado (ofendido). El hecho de que la oportunidad solo pueda ser ejercida por el acusador público (art. 963.1 LECr) dice, con acierto, GIMENO SENDRÁ, convierte al Ministerio Fiscal en una suerte de mediador penal que escuchará al ofendido/perjudicado y al inculpado para que éste indemnice al primero y pueda así no formular acusación.

⁵⁷⁴ La circular identifica “la escasa gravedad del delito” con los llamados delito-bagatela “en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho.”

⁵⁷⁵ En este sentido la Circular FGE 1/2015 sostiene que “(...) existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al aquilatar la necesidad de la pena: la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza (...) o desde la perspectiva subjetiva “(...) la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada, en concordancia con las exigencias del Derecho de la UE y de nuestro propio ordenamiento jurídico desde la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (...)”.

Consecuencia de este criterio interpretativo es, como señala el artículo, entender que no existe interés público relevante en la persecución penal cuando se hubiera procedido a la reparación del daño y no existiese denuncia del perjudicado en los delitos patrimoniales. Resulta interesante la necesidad de participación de la víctima de la que se hace eco la circular, en la medida que la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal ha de tener en consideración su postura.⁵⁷⁶

La circular se hace eco del respeto que ha de ir adquiriendo la víctima en el proceso y recapitula afirmando sobre el particular que la valoración que el fiscal haga del interés público no puede dejar de lado el hecho del interés de aquélla en perseguir el delito, salvo que ésta, lógicamente, lo haga de forma irracional, abusiva, infundada o arbitraria. El fiscal deberá ponderar ambos intereses para tomar una decisión, pero no deja de merecer una crítica positiva el hecho de que el fiscal, al tomar su resolución, tenga en cuenta las aspiraciones de la víctima.

Posteriormente, en su apartado 6.2.2, la circular ofrece instrucciones específicas para determinar las pautas de actuación del Ministerio Fiscal en diversas categorías de delitos, que a continuación se extractan.

El criterio para los delitos de amenazas, coacciones leves y vejaciones injustas en el núcleo familiar (se excepciona los casos de violencia de género) (arts. 171.7.2 , 172.3.2, 173.4 CP y 171.4 y 5 y 172 CP) trata de salvaguardar el interés prioritario, que identifica con “la paz doméstica así como la libertad y la integridad moral de los miembros más débiles del núcleo de convivencia familiar”. El criterio para la aplicación de la oportunidad es restrictivo, y recomienda que solo se acceda a él en este tipo de delitos, de forma excepcional cuando la víctima lo hubiese solicitado libremente, y siempre, además, que los hechos fuesen de escasa trascendencia.

En el caso de los delitos leves de naturaleza patrimonial (arts. 234.2, 236, 246, 247, 249.2, 252.2, 253.2, 254, 255, 256, y 263.1 CP), dándose los requisitos del art. 963.1.1ª LECr, el fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal, no habiendo denuncia de los hechos, o habiendo sido retirada o anunciada su renuncia, no pudiendo hacerlo en caso contrario. Sin embargo, se obliga a los fiscales a la persecución penal en determinados delitos leves.⁵⁷⁷ La idea de la reparación del daño aparece recogida en este apartado de la circular en los supuestos de reincidencia en delitos patrimoniales, estableciendo, eso sí, una limitación al preceptuar que, en caso de reiteración delictiva en este tipo de infracciones, no procede considerar la reparación del daño para postular el archivo. Cabría objetar que un daño reparado, aunque lo sea por un

⁵⁷⁶ La circular estudiada contiene varias manifestaciones acerca de los derechos de las víctimas que prueban la creciente importancia que como sujeto procesal va tomando en nuestro ordenamiento. En esta dirección señala aquel texto : “La denuncia de la víctima y la pendencia de un daño indemnizable no compensado, sin ser impedimentos absolutos para el ejercicio del principio de oportunidad, pues la Ley no establece prohibiciones explícitas, constituyen elementos que en principio han de disuadir de su ejercicio, pues la configuración que la reforma penal da a la oportunidad reglada como excepción al principio de oficialidad de la acción penal ex art. 105.1 LECr, trata de conjurar el riesgo de que el archivo anticipado del procedimiento redunde en menoscabo de legítimas expectativas de tutela que puedan albergar los particulares afectados.”

⁵⁷⁷ En los supuestos de los art. 236 CP, sustracción de cosa propia, art. 246 CP, alteración de términos y lindes, art. 247 CP, distracción de aguas, art. 254 CP, apropiación indebida impropia, art. 255 CP, defraudaciones del art. 255 CP -defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones- y art. 256 CP -uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno- así como delito de ocupación de inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP .

reincidente, significa, considerando el valor de la prevención especial, un dato que debería interpretarse menos restrictivamente.

Los delitos leves relativos al orden público o intereses generales subsistieron tras la reforma del 2015, cabiendo citar los tipificados en los arts. 203.2, 337.4, 337 bis, 386.3, 389.2, y 402 CP. La circular deja a criterio de los fiscales su persecución en base a una interpretación más laxa, ya que alude a las circunstancias concretas que hayan rodeado la comisión del delito, aunque aporta algunas pautas de tipo personal, como la edad del infractor, particularmente su edad juvenil (entre 18 y 21 años), su arrepentimiento, falta de antecedentes, o la ocasionalidad de la conducta.

Finalmente, en lo tocante a los delitos leves, que antes de la reforma de 2015 tenían consideración de menos graves, hay que tener en cuenta que todos ellos se refieren a bienes jurídicos relevantes, como la libertad personal (art. 163.4 CP), el patrimonio histórico (art. 324 CP), la fe pública inherente al giro de determinados documentos (arts. 397, 399 y 400 CP), la Administración Pública (art. 406 CP) y la Administración de Justicia (arts. 456.1.3º, 465.2 y 470.3 CP), por lo que la circular aplica un criterio limitativo, afirmando que “deben ser objeto de un tratamiento restrictivo en lo que se refiere a su posible archivo anticipado”, siendo solo posible de forma excepcional excluir la persecución penal si concurren circunstancias de esta naturaleza.

2.3.2.6.3. Medidas de derivación o diversión.

2.3.2.6.3.1. Suspensión de la pena privativa de libertad.

Con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 88 CP, hoy suprimido, permitía que los jueces o tribunales acordasen la sustitución de las penas privativas de libertad no superiores a un año, previa audiencia de las partes en la misma sentencia, o en auto motivado con posterioridad: el artículo establecía una serie de condiciones entre las que se encontraba el esfuerzo del condenado para reparar el daño causado. Este esfuerzo por reparar los daños causados sigue estando contemplado, sin embargo, en el art. 80 CP, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, pues mantiene la posibilidad de suspensión para las penas privativas de libertad señaladas en consideración al empeño del condenado.⁵⁷⁸ La suspensión de la pena privativa de libertad es posible siempre que no sean superiores a dos años, haciéndolo depender de diversas circunstancias que se recogen en el apartado segundo del citado artículo: que el autor haya delinquido por primera vez y el límite penológico ya citado.⁵⁷⁹

El subapartado 3º del mismo lo supedita también a que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, aunque, añade, que se puede equiparar al mismo el compromiso de hacerlo cuando sea razonable esperar tal comportamiento.

⁵⁷⁸ Dispone el artículo que para ello “el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

⁵⁷⁹ En relación al régimen relativo a la suspensión y sustitución de la pena tras la reforma operada en la LO 1/2015, AYALA GARCÍA, JUAN MATEO, ECHANO BASALDUA, JUAN IGNACIO, “La suspensión de la pena tras la LO 1/2015”, AAVV, (Dir. LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA, Coords. GARRO CARRERA, ENARA, ORTUBAY FUENTES, MIREN), *Prisión y alternativas al nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, Madrid 2015, pp. 199-225.

Adicionalmente, el tribunal podrá imponer las garantías que considere oportunas para su cumplimiento.⁵⁸⁰

Otro supuesto excepcional de suspensión se encuentra previsto en el art. 80.3 CP. Se halla regulado -no tratándose de reos habituales- para el caso de no haber satisfecho las responsabilidades civiles, en que se podrá acordar la suspensión “cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”. Ahora bien, la suspensión quedará condicionada siempre a la reparación efectiva del daño, pero con flexibilidad, ya que habrá que tener presente las posibilidades físicas y económicas del condenado. También la suspensión podrá quedar condicionada al “cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84 (...)”. Evidentemente, el artículo se está refiriendo al acuerdo alcanzado por las partes en una mediación. En este caso, la transacción se constituye como un presupuesto de la suspensión. Si bien en esta suspensión extraordinaria la condición puede calificarse de más estricta -puesto que se exige la efectiva reparación o efectivo cumplimiento-, cabe calificarla de más extensa puesto que la naturaleza del acuerdo restaurativo no tiene necesariamente que ser siempre económica. Puede observarse que el compromiso, de claro contenido moral, se estima como suficiente para acordar la suspensión: una concepción de la reparación amplia que tiene su fuente en la justicia restaurativa.

La suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada (art. 86 CP). En lo que toca a este trabajo, se establece como una de las causas de aquella (con la letra c) el incumplimiento “de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84”, es decir, entre otros, de los acuerdos de mediación, o de la reparación efectiva de las consecuencias del delito. Cuando el incumplimiento no sea grave y reiterado, cabe imponer al penado nuevas prohibiciones o deberes, o modificar los existentes, o prorrogar el plazo de suspensión con un tope prefijado. Desde esta perspectiva cabría, teóricamente pero improbablemente, una nueva mediación.

La suspensión de la pena remitirá si, además de no haber vuelto a delinquir el penado durante el plazo de suspensión, ha cumplido “de forma suficiente las reglas de conducta”, englobando, en su caso, el cumplimiento del acuerdo de mediación a que se refiere el art. 84.1.1º CP. Su incumplimiento podría conducir a la revocación de la suspensión según prevé el art. 86 CP. El artículo distingue entre incumplimientos graves y reiterados, y aquellos que no lo son, con las consecuencias que se acaban de enumerar.

2.3.2.6.3.2. La conformidad.

Es el instrumento procesal por medio del cual se ha vehiculado mayoritariamente la mediación en la práctica judicial. Las diversas modalidades contempladas en las leyes procesales presuponen, aunque no se refieran a ella de forma expresa, la existencia de una negociación previa, motivo por el que pueden ser perfectamente articulada a través de la

⁵⁸⁰ Acerca de este requisito manifestaba, congratulándose de la inclusión del mismo en el CP 1995 como manifestación de la justicia reparadora, BERISTAIN, ANTONIO, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético, op.cit.*, pp. 258-259, que, por desgracia, los jueces y Tribunales tendían con demasiada frecuencia a declarar la imposibilidad del reo de hacerse cargo de la indemnización, sin mayor justificación y en detrimento del derecho a resarcimiento de la víctima.

mediación que se presenta así como un idóneo complemento para esta herramienta procesal. En la LECr existen varias modalidades de conformidad, la primera de ellas la prevista para el procedimiento abreviado, en su art. 779.1.5º LECr, que se remite al art. 801 del mismo cuerpo legal, aquel que regula la llamada conformidad premial⁵⁸¹ prevista para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, siguiendo los trámites de los denominados juicios rápidos.⁵⁸²

En el procedimiento ordinario la conformidad está prevista en el art. 665 LECr que, con carácter general, establece la posibilidad de que el encausado manifieste su conformidad en el momento del traslado de la calificación del Ministerio Fiscal, previendo los arts. 688 al 700 LECr que ésta se podrá expresar también al inicio de la vista oral y, si el letrado del encausado no cree necesaria la celebración del juicio, éste no se celebrará y el Tribunal sentenciará, sin poder imponer una pena mayor a la solicitada. Realmente, en este supuesto se trata de una aceptación pura de la calificación acusatoria.

Cuando la pena solicitada no exceda de seis años de privación de libertad establece el art. 784.3 LECr que el encausado puede manifestar su conformidad con la acusación o suscribir con ésta un escrito conjunto. Incluso en el momento de iniciarse el acto de juicio oral, señala el art. 787.1ª LECr, cabe la posibilidad de aquietarse con la calificación. El Tribunal deberá comprobar que el consentimiento del encausado se ha emitido de forma libre y consciente, y si estima correcta la calificación y la pena correspondiente, dictará sentencia en los términos conformados por las partes.

La conformidad se extiende también a otros tipos de procesos, así el art. 50 de la Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante, LOTJ) prevé la disolución del Tribunal del Jurado ante la existencia de conformidad entre la acusación y el encausado (con el mismo límite penológico de 6 años de privación de libertad).

Finalmente, la conformidad se encuentra regulada también los arts. 803 bis a) a 803 bis j) LECr, introducidos por la Ley 4/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal

⁵⁸¹ Denominada así porque la pena acordada se reducirá en un tercio.

⁵⁸² Dicha modalidad de procedimiento es según, DAMIÁN MORENO, JUAN, *El derecho y su garantía jurisdiccional*, op.cit., pp. 247-256, un claro ejemplo de la tendencia burocratizadora que el Gobierno pretende aplicar para transformar la Administración de Justicia, es decir, lograr desatascarla y ofrecer, en lugar de tutela judicial efectiva, un sistema de resolución rápida al acúmulo de asuntos penales. Con igual sesgo crítico y similar enfoque se pronuncia al respecto MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, “Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 35/2019. Un estudio sintético sobre los llamados juicios rápidos lo realiza, CEDEÑO HERNÁN, MARINA, “El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, AAVV, (Coords. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, NATARÉN NANDAYAPA, CARLOS, RÍOS ESPINOSA, CARLOS), *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Autónoma de México, México 2005, pág. 343-373. Un interesantísimo trabajo de VARONA GÓMEZ, DANIEL, KEMP, STEVEN, BENÍTEZ OLIVIA, “La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad”, *Revista del análisis del Derecho*, núm. 1/2022, enfoca el estudio de la conformidad en España desde un punto de vista empírico, analizando diversos aspectos sobre quién y cómo se conforma (sobre todo extranjeros) y las consecuencias penales y penitenciarias prácticas que tiene haberlo hecho o no. El trabajo se hizo con una muestra comparada de casi 3.000 personas extraídas de ejecutorias de los Juzgados de lo Penal. El aparato estadístico del artículo, magnífico, viene a evidenciar el problema, tantas veces expuesto por la doctrina, típico de la institución, de la privación del derecho al juicio justo en aras a la obtención de una condena supuestamente menor. En un sentido más radical, y en la misma revista, se manifiestan LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2018, partiendo de la suposición, excesiva a nuestro parecer, de que quien no ha cometido un delito tiene a bien sufrir una pena, especulando acerca de las razones que podrían llevarle a ello. Dando la réplica al trabajo citado, el fiscal DÍAZ TORREJÓN, PEDRO, “¿Por qué no se conforman los culpables?”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid 2021, examina la aplicación práctica de este instituto, y apoya, basándose en datos estadísticos y otros extraídos de su experiencia profesional, la necesidad de la conformidad.

y el fortalecimiento de las garantías procesales, que prevén el procedimiento por aceptación de decreto, o monitorio penal, un modelo existente en otros ordenamientos, y que supone convertir en sentencia firme la propuesta del Ministerio Fiscal -una propuesta punitiva premiada- en delitos que llevan aparejada pena consistente en multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o privativa de libertad menor a un año y que pueda ser suspendida, así como privación del permiso a conducir vehículos a motor y ciclomotores, siempre que no haya acusación personada y el autor de la infracción muestre su conformidad. Ésta puede ser fruto de una mediación previa con la víctima. Se trata, sin embargo, de una modalidad que no se aplica en la práctica judicial.

Aunque los artículos nada dicen al respecto, es evidente que detrás del decreto ha existido una negociación previa entre el fiscal y el representante legal del imputado para pactar la pena; en este contexto la existencia de mediación penal es plausible, máxime en los términos del art. 803 bis b 2 LECr, que establece que el proceso por aceptación de decreto dictado por el Ministerio Fiscal “Además puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio” que daría entrada a la víctima por esta vía.⁵⁸³

Con el objeto de regular las prácticas de conformidad la FGE y el Consejo General de la Abogacía suscribieron un Protocolo de actuación para juicios de conformidad en 2009 y la primera emitió la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre la aplicación de dicho Protocolo.⁵⁸⁴ Sobre estos documentos se tratará en un epígrafe posterior de este trabajo.

2.3.2.6.3.3. La libertad condicional.

Nada obsta, desde la óptica de la justicia restaurativa, para que durante la ejecución de la pena privativa de libertad la mediación pueda practicarse modificando las modalidades de tratamiento penitenciario, tales como cambios cualitativos y cuantitativos de la pena, o progresión a la libertad condicional.

De esta manera, el art. 90.2 CP, relativo a la libertad condicional, establece que el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados cumpliendo una serie de requisitos, entre los que se encuentra haber cumplido dos terceras partes de su condena y la participación en ciertas actividades.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Un tema sumamente interesante lo trata AGUILERA MORALES, MARIEN, “Conformidad y reparación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, op.cit., pp. 292-306, cual es el del papel residual de la víctima en las conformidades. La autora contempla con preocupación el “activismo” judicial a favor de las conformidades, y, por otro lado, el insignificante papel de las víctimas en éstas, donde solo intervienen el fiscal y la defensa; al menos, tratándose de delitos no graves o en los que no medie una fuerte indemnización. Estas afirmaciones las realiza basándose en fuentes estadísticas que incluye en la investigación, proponiendo, finalmente unas medidas que harían viable la participación de aquélla.

⁵⁸⁴ Ambos textos inciden en la idea de “actualizar los medios de solución consensuados del proceso penal que se orientan prioritariamente a fomentar la agilidad y simplicidad de los trámites precisos para alcanzar la sentencia” y en “ordenar, aprovechar mejor y desenvolver en condiciones a la vez más eficaces y garantistas, las distintas posibilidades que la legislación vigente ofrece”.

⁵⁸⁵ Estas tareas pueden consistir en: “actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.” El apartado c) del mencionado artículo permite adelantar a la mitad de la condena la libertad condicional en el caso de que “el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este

En este ámbito cabría pues una actividad de mediación en fase de ejecución⁵⁸⁶ tendente a favorecer la reinserción y resocialización del penado.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP) prevé la ejecución de la pena separada en grados, cuya culminación supone la libertad condicional.⁵⁸⁷ El citado texto legal (art. 72.5 y 6 LOGP) hace referencia a la progresión al tercer grado de tratamiento, que, entre otros requisitos, alude a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito, la conducta para reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales. En el apartado 6º y relativo a personas condenadas por delitos terroristas, se reclaman otros requisitos entre los que se encuentra el de declarar expresamente el repudio de los hechos cometidos, el abandono de la violencia, y la petición expresa de perdón a las víctimas.

2.3.2.6.4. En el sistema de menores.

El procedimiento penal de menores regulado por la LORPM, se aplica para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el CP o las leyes penales especiales. En una primera aproximación dos circunstancias de su regulación llaman la atención: primera, la instrucción del mismo corresponde al Ministerio Fiscal (art. 16.1 LORPM), precisando del Juez de Menores, que actúa como Juez de Garantías, para lograr medidas que afecten los derechos fundamentales (art. 23.3 LORPM), y segunda; en el procedimiento diseñado por esta ley expresiones de la justicia restaurativa, tales como el archivo por desistimiento (art. 18 LORPM), la mediación/conciliación (art. 19 LORPM) o archivo (art. 27.4 LORPM), tienen una fuerte presencia, inéditas en otras ramas de la jurisdicción.⁵⁸⁸

apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.”

⁵⁸⁶ En la fase de ejecución, afirma ALONSO SALGADO, CRISTINA, *La mediación en el proceso penal*, *op.cit.*, pp. 293-296, no tiene mucho sentido la mediación, ya que, por su propia naturaleza, a esas alturas no está ya destinada a resolver conflicto alguno. Además, la situación de víctima e infractor se encuentra en dicho momento en términos muy diferentes a la situación anterior (sin presunción de inocencia para el infractor) por lo que la mediación quedaría aun más desnaturalizada

⁵⁸⁷ El meritado texto legal en su art. 72.1 establece que “las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”.

⁵⁸⁸ La autora NIETO MORALES, CONCEPCIÓN, *Discurso de los menores bajo medida judicial*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 116-117, que realiza un estudio sobre la justicia de menores en la Comunidad Autónoma de Andalucía, juzga que la aplicación de la justicia restaurativa en la jurisdicción de menores supone un esfuerzo para el sistema judicial, y otro para el infractor, ya que le supone un cambio de mentalidad en orden a asumir su responsabilidad. No obstante, en el territorio donde la autora realiza su estudio, observa un incremento importante de la aplicación de estas herramientas. El sistema de justicia penal para menores comparte algunos rasgos con el de adultos en relación a las modalidades de oportunidad penal que se pueden desplegar en él, señalan FERREIRÓS MARCOS, CARLOS-ELOY, SIRVENT BOTELLA, ANA, SIMONS VALLEJO, RAFAEL, AMANTE GARCÍA, CRISTINA, *La mediación en el Derecho penal de menores*, *op.cit.*, pp. 52-53, como el perdón del ofendido, que extingue la acción penal en los delitos de naturaleza privada, o la conformidad; sin embargo, los casos de sobreseimiento de los arts. 18 y 19 y 51.3 LORPM, son particulares de esta jurisdicción..

2.3.2.6.4.1. Desistimiento de la incoación del expediente.

La vía más habitual de entrada asuntos a las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales suelen ser los atestados policiales, aunque son frecuentes también inhibiciones de juzgados de Instrucción cuando les consta que algún denunciado es menor de edad. El fiscal incoará un expediente, denominado diligencias preliminares, de naturaleza preprocesal, para realizar las primeras indagaciones, que podrá llevar a cabo personalmente, siempre y cuando no vulneren derechos fundamentales, tales como toma de declaración o recabar prueba documental, con el objeto de recopilar material en relación con el hecho denunciado. Finalizadas estas investigaciones iniciales, el fiscal tiene varias posibilidades: archivar las actuaciones, si entiende que no son constitutivas de ilícito penal o no hay autor conocido (art. 16.2 LORPM en relación con el art. 779.1.1 LECr), o por ser el autor menor de 14 años (art. 3 LORPM), archivarlas por prescripción⁵⁸⁹ (art.15 LORPM)⁵⁹⁰, decretar incoación del expediente de reforma judicializando así el procedimiento (16 LOPRM), o acordar el archivo por razones de oportunidad concurriendo los requisitos que se establecen para ello, a saber, que los hechos sean constitutivos de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, y que conste que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.⁵⁹¹

El art. 33.3 CP enumera cuáles son los delitos menos graves en relación con distintos tipos de pena.⁵⁹² El segundo requisito puede dar lugar a ciertas matizaciones. Del tenor literal del texto podría deducirse que bastaría con tratarse de un delito de distinta naturaleza para que el desistimiento fuere posible, pero no hay que olvidar que el desistimiento es potestativo, y que esta forma de ejercicio del principio de oportunidad está concebida para delincuentes primarios por lo que no tendría sentido aplicarlo para alguien, por ejemplo, con innumerables antecedentes por otros delitos de distinta naturaleza.

En este sentido, la circular de la FGE 1/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, establece un listado de

⁵⁸⁹ Con unos plazos sensiblemente inferiores a los previstos para la justicia de adultos en el CP.

⁵⁹⁰ El art.15 LORPM establece, en efecto, unos plazos prescriptivos mucho más reducidos que los propios de la justicia para adultos:” 1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben: 1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años. 2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años. 3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave. 4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave. 5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta. 2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.”

⁵⁹¹ Sobre el desistimiento del art. 18 LORPM desarrollan sus características FERREIRÓS MARCOS, CARLOS-ELOY, SIRVENTE BOTELLA, ANA, SIMONS VALLEJO, RAFAEL, AMANTE GARCÍA, CRISTINA, *La mediación en el derecho penal de menores, op.cit.*, pp. 173-181, citando el ATC del Pleno de 22 de junio de 2005, rec. 4003/2003 (EDJ 2005/170832) que resolvió negativamente la cuestión de inconstitucionalidad sobre si dicho artículo vulneraba la exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE, toda vez que, ante el archivo por esta causa, el perjudicado quedaba indefenso al no poder ejercer la acción penal. La razón que justifica la existencia de este mecanismo de oportunidad en el caso de los menores es, según GRANDE SEARA, PABLO, “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción”, AAVV, (Dir. GONZALEZ PILLADO, ESTHER), *Proceso penal de menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, p. 136, tratar de evitar los efectos desocializadores y estigmatizadores del proceso penal sobre el menor infractor cuando todavía resulta posible su corrección en el entorno familiar y educativo, en consonancia con lo dispuesto en instrumentos internacionales sobre los derechos de los jóvenes.

⁵⁹² Respecto a la pena privativa de libertad, la franja es de tres meses hasta cinco años.

pautas para la aplicación del desistimiento.⁵⁹³ El desistimiento de la incoación es una manifestación del principio de oportunidad que se introdujo por criterios de economía, pero también en este ámbito en consideración del interés del menor. No hay que olvidar que, a pesar de la naturaleza penal de la medida en la justicia de menores, esta participa también de un contenido educativo y resocializador, por lo que el desistimiento es adecuado, particularmente, si el menor ya ha recibido una corrección en su entorno escolar o familiar. Cumplidas las condiciones que establece la ley para poder ser así acordado, está en manos exclusivamente del fiscal investigador decretar la no incoación.

En la práctica de las Secciones de Menores de las Fiscalías provinciales, es una modalidad muy utilizada, a diferencia de la posibilidad existente para los delitos leves introducida por la Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, que, como se ha visto anteriormente, sufre una interpretación restrictiva por la FGE.

2.3.2.6.4.2. La incoación del expediente de reforma y soluciones extrajudiciales a la conclusión del expediente.

El decreto de incoación del expediente de reforma (art. 22 LORPM), abre la fase jurisdiccional, que, a partir de ese momento, otorgará una serie de derechos, que enumera el primer apartado del citado artículo, al imputado: información, designación de letrado, intervención y proposición de diligencias, audiencia, asistencia afectiva y psicológica, y asistencia del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Menores. Dentro del procedimiento el Ministerio Fiscal actúa como el director de la investigación oficial y su cometido viene prefijado en el art. 23.1 LORPM, consistiendo en valorar la participación del menor en los hechos para, seguido el procedimiento, poder proponer la medida o medidas educativas adecuadas dadas las circunstancias del autor y del hecho, buscando siempre el interés del propio menor.

Una vez finalizadas las investigaciones, el fiscal remitirá el expediente al Juzgado de Menores, solicitando la apertura del juicio oral, formulando escrito de alegaciones, que es la denominación equivalente a la del escrito acusatorio de calificación provisional de la justicia de adultos del art. 781 LECr, o solicitando el sobreseimiento de las actuaciones por los motivos recogidos en el art. 637 y 641 LECr según remite el art. 30 LORPM.

En esta fase, una vez terminadas las investigaciones, la LORPM prevé la mediación por conciliación o reparación y el sobreseimiento de las actuaciones, dos modalidades que entran de lleno en la justicia restaurativa, y que se estudian a continuación.

⁵⁹³ Entre ellos, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito puesto que una intervención tardía podría no ser adecuada para el interés del menor, la edad de éste, ya que si en el momento de llegar la *notitia criminis* a la sección de Fiscalía de menores es ya mayor de edad no tiene sentido proseguir el procedimiento para una eventual medida a un mayor de 18 años. Igualmente, habrá que tener en cuenta la versión de la víctima; el abono de la responsabilidad civil u otro tipo de satisfacción por parte del menor, como circunstancias favorables al desistimiento; o haber sido ya sancionado bien en su entorno familiar o en su centro escolar, considerando que la corrección recibida es ya suficiente.

2.3.2.6.4.2.1. Mediación por conciliación o reparación (art. 19 LORPM).

El Ministerio Fiscal puede desistir de la continuación del expediente, atendiendo a una serie de circunstancias sobre los hechos y el menor que recoge el art. 19.1 LORPM.⁵⁹⁴ El artículo ha seleccionado las conductas menos graves del menor y, por otra parte, y desde una visión restaurativa, una actitud positiva respecto a su víctima y los daños causados. El citado párrafo introduce, además, el límite penológico de tratarse de delito menos grave para poder ser susceptible de sobreseimiento.

El artículo establece los parámetros interpretativos de cómo entender producida la conciliación o la reparación en su párrafo segundo; el primero tiene un carácter más bien simbólico y moral y consiste en el reconocimiento del daño causado, la expresión de sus disculpas y la aceptación de éstas por la víctima; la segunda versa sobre el compromiso de asumir, por el infractor, determinadas acciones en beneficio de la víctima o la comunidad, suponiendo una actitud proactiva de aquel. Los compromisos no tienen que versar necesariamente sobre aspectos económicos, como se deduce de la siguiente dicción del texto comentado: “todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil” con que finaliza el párrafo segundo.

Si en la primera declaración del inculpado éste reconoce los hechos, cumple los requisitos antedichos, y asume los compromisos ya citados, el fiscal solicitará al Equipo Técnico que gestione la mediación si lo considera adecuado para su interés.⁵⁹⁵ El modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales se encuentra regulado en el art. 5 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM que, muy sucintamente, consiste en la citación por parte del Equipo al menor y sus representantes, que propondrá a aquel una posibilidad de solución extrajudicial que el menor y sus representantes tienen que aceptar. Se citará, después, a la víctima para que manifieste su conformidad o no; posteriormente, se convocará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos.⁵⁹⁶ Prioritariamente, la reparación será directa o social y, excepcionalmente, se formalizará por medio de la realización de tareas socioeducativas, o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Finalmente, el Equipo Técnico pondrá en conocimiento del fiscal el resultado del acuerdo y su cumplimiento, o por qué éste no se ha realizado. Si el Equipo considera que el

⁵⁹⁴ Estas condiciones son dos: “(...) la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (...)”.

⁵⁹⁵ La mediación es especialmente relevante en esta jurisdicción, aclara FERNÁNDEZ FUSTES, MARÍA DOLORES, “La mediación en el proceso penal de menores”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, op.cit., p. 580, pues su componente didáctico y resocializador es fundamental para el menor infractor, ya que le permite concienciarse del resultado de su comportamiento, y por tanto, facilita su reeducación y reinserción, en coherencia con el carácter educativo del proceso penal de menores. La mediación en justicia juvenil es profusamente usada en el Derecho comparado. Un estudio de la misma lo realizan FERREIRÓS MARCOS, CARLOS-ELOY, SIRVENT BOTELLA, ANA, SIMONS VALLEJO, RAFAEL, AMANTE GARCÍA, CRISTINA, *La mediación en el Derecho penal de menores*, op.cit., pp. 93-160, centrándose en Francia, Inglaterra y Alemania. A título de ejemplo en el sistema penal de menores francés, el art.41.1 de la *Ordonnance* n° 45-174 de 2 de febrero de 1945, relativa a la “infancia delincuente”, permite al Ministerio Fiscal, antes de tomar una decisión sobre el ejercicio de la acción penal, derivar el asunto a una mediación. Otra posibilidad en manos del Ministerio Fiscal es la llamada “composición penal”, (art. 41.2 *Ordonnance*) en la que al menor infractor, tras el reconocimiento de los hechos, y con la intervención de un intermediario mediador, se le impone alguna de las medidas que prevé el citado artículo (pp. 108-109).

⁵⁹⁶ Excepcionalmente por separado.

menor debe efectuar una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, informará de tal extremo al Ministerio Fiscal y al letrado del menor, y aquél apreciará la posibilidad de desistir.

A este respecto establece el art. 19.4 LORPM que el fiscal podrá acordar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones por conciliación o cumplidos los requisitos del acuerdo de reparación.⁵⁹⁷ La Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, trata en su punto V.5.2 el sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa, ensalzando sus virtudes por considerarlo ventajoso tanto para el infractor como para su víctima.⁵⁹⁸

La circular ofrece una pauta de interpretación sobre qué casos conviene derivar a esta herramienta de justicia restaurativa; la excepcionalidad de la infracción, y el hecho de que el caso no requiera una intervención global sobre el menor. De ello se deduce, pues, que la utilización de la mediación (por conciliación o reparación), encuentra su nicho natural de aplicación en supuestos de delincuencia primaria de jóvenes de entornos socio-culturales normalizados, excluyéndose cuando el contexto en el que se ha producido la infracción penal indica carencias más profundas que exijan una intervención socio-educativa apropiada.

La circular aborda también el tema de la indemnización cuando existe perjuicio patrimonial, entendiendo que la fórmula del art. 19 LORPM puede ser una herramienta muy valiosa para impulsarla, aunque, advierte, que no puede considerarse un requisito para acometer aquella⁵⁹⁹ particularmente cuando el perjudicado mantiene una postura irrazonable, o supedita el acuerdo a la satisfacción económica.

2.3.2.6.4.2.2. Sobreseimiento por suficiencia del reproche o inadecuación de cualquier intervención sobre el menor (art. 27.4 Ley Reguladora de la Responsabilidad penal del menor).

Se trata de una manifestación más del principio de oportunidad que trata de evitar al menor los efectos negativos de la jurisdicción, considerando que las actuaciones que hasta el momento haya tenido que afrontar en el sistema judicial es ya suficiente reproche y que cumple su función educativa.⁶⁰⁰ El Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento, a propuesta del Equipo Técnico, si esté en su informe considera que continuar la tramitación del procedimiento en interés del menor “por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de

⁵⁹⁷ Art. 19.4 LORPM: “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.”

⁵⁹⁸ En efecto, la circular citada afirma que las soluciones extrajudiciales gozan de gran aceptación por parte de las víctimas, “que se sienten reconocidas y se les ofrece la posibilidad de un resarcimiento moral, evitando al tiempo el proceso, con la carga de victimización secundaria que conlleva”. También son muy valoradas por los menores infractores, “a quienes permite eludir el contenido estigmatizante del proceso”. Añadiendo que es una vía idónea para “solucionar infracciones ligadas al acoso escolar, o de fenómenos como la utilización de Internet y las nuevas tecnologías para la comisión o difusión de delitos.”

⁵⁹⁹ Como efectivamente no lo es según se deduce de la lectura del artículo.

⁶⁰⁰ Trata sobre esta aplicación del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia juvenil, COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Derecho Penal de Menores, op.cit.*, pp. 323-325.

los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.”

En referencia a la aplicación de este artículo existe un Dictamen de la FGE, 4/2013, sobre criterios para solicitar el sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM. El documento hace referencia a un uso alto de esta posibilidad en algunas Secciones de menores de las Fiscalías, y avisa del peligro de excesos, de los que culpabiliza a los Equipos Técnicos por su mala dotación de medios para realizar el trabajo que conlleva la aplicación de la modalidad del art. 19 LORPM. Según la circular “esta variante del principio de oportunidad debe catalogarse como residual”, y aboga por su limitación rigurosa a los dos supuestos que la ley prevé, y siempre, añade “que no procedan las otras opciones desjudicializadoras previstas en la LORPM (arts. 18 y 19).” La circular insta a los fiscales a que, para usar la posibilidad de aplicación de este artículo, consideren una suma de criterios entre los que subrayan la influencia del paso del tiempo del expediente en el menor,⁶⁰¹ que las razones del Equipo Técnico sean claras y expresivas, y la ponderación de la suficiencia concreta del reproche ya sufrido por el menor. Incluso, sugiere al fiscal que solicite un informe al Equipo Técnico específico sobre si procede la aplicación del art. 27.4 LORPM en el caso concreto para reforzar y fundamentar mejor su decisión.

2.3.3. Integración de la justicia restaurativa en los proyectos de nuevos textos de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La *Decisión Marco 2001/220/AJ Consejo de Europa sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal* propugnaba en su art. 10 el impulso de la mediación penal⁶⁰², definiendo en su art. 1.e) la mediación en asuntos penales “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”. Dicha previsión, según este instrumento, debería estar traspuesta a la legislación interna “a más tardar el 22 de marzo del 2007” (art. 17).

Ante el fracaso de la anterior *Decisión Marco*, resultó sustituida por la *Directiva 2012/29/UE que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo, y la protección de las víctimas de delitos*. En su considerando nº 46 hace referencia, igualmente, a la mediación penal, entendiéndola como un mecanismo de ayuda o asistencia a las víctimas. Más recientemente la *Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, adoptada por el Comité de Ministros del 3 de octubre de 2018*, ha efectuado una serie de recomendaciones a los estados miembros en materia de mediación insertada en el proceso penal, cuyo contenido se examinará a fondo en una ulterior parte de este trabajo.

La regulación de la mediación se ve como una necesidad irrenunciable, y no sólo por el compromiso derivado de la *Decisión Marco 2001/220/AJ*, y la *Directiva 2012/29/UE*, sino como una herramienta eficaz para apoyar la acción de la justicia. Hasta ahora la inserción se ha producido por medio de experiencias piloto, prácticamente paralegales y plenas de

⁶⁰¹ Considerando posibles tácticas dilatorias por parte de su defensa.

⁶⁰² ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO “Las reformas integrales del proceso penal español”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 99-100/2014.

voluntarismo, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, pero no cabe duda de que su regulación legal es urgente. El mecanismo legislativo para llevar a cabo dicha inserción puede ser de diverso tipo. En Portugal, por ejemplo, se ha implementado por la Lei 21/2007 12 junio, en ejecución de la DM 2001/220/JAI, o en Francia, la ya citada Ley nº 93-2, de 4 enero, es decir, una ley específica sobre la materia, pero acaso lo más conveniente sería hacerlo, dentro de la reforma integral de la Ley procesal penal.

Las desigualdades, derivadas del funcionamiento particular de cada servicio autonómico de mediación, y, más concretamente, la inseguridad jurídica que puede provocar la existencia de distintos protocolos en cada comunidad, supone un obstáculo a evitar para la promoción de esta modalidad de justicia restaurativa. Es cierto que todos los sistemas autonómicos, como resulta lógico, usan modalidades procesales similares que toman como soporte fáctico para su articulación la reparación del daño, pero también lo es que, a falta de un marco normativo común suficientemente explícito, se corren riesgos de trato diferenciado, desarrollos desiguales y falta de unidad de criterio.

Como un primer acercamiento a la materia, y sin perjuicio de que sea más adelante cuando se trate a fondo esta cuestión, parece adecuado realizar un bosquejo inicial del enfoque que los proyectos de proceso penal de la última década han realizado sobre la justicia restaurativa en España. Tanto el ALECr 2011, como el BCPP 2013 recogen la idea de incorporar la institución de la mediación penal al proceso español, pero, sin embargo, muchas cuestiones relevantes sobre aquella no son ni siquiera tratadas.

Ambos anteproyectos partieron de premisas diferentes para integrar la mediación penal en el proceso. En el ALECr 2011, según se lee en su EM (XIV, XV y XVI), se encontraba vinculada al principio de oportunidad, cuya actuación no suponía siempre una renuncia al ejercicio de la acción penal⁶⁰³ sino permitía el ejercicio de otras posibilidades; bien la imposición de condiciones, o bien la condena con modalidades premiadas de conformidad en caso de ajuste compositivo. No obstante, el ALECr 2011 también hacía referencia a la justicia restaurativa cuando contemplaba que el Ministerio Fiscal podría “impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego”. En el caso del ALECr 2013, la mediación era vinculada a la justicia restaurativa, tal como explicaba su EM, concibiéndola como un “complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación» (...). Ni toda mediación había de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o en una conformidad, ni éstas reclamaban necesariamente una mediación previa”. A pesar de esta dicción, se verá en otra parte del presente trabajo, el articulado del texto prelegislativo no desarrollaba consecuentemente estas ideas.

En relación al ámbito de aplicación, ninguno de los anteproyectos excluía ninguna infracción penal: el de 2013 en su EM afirmaba que la justicia restaurativa y la mediación penal no habían de quedar vinculadas a “criterios utilitaristas o a la delincuencia menor”. Ni siquiera quedaba excluida en ninguno la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género, limitación que, como se ha visto, rige actualmente, pero no sin polémica. Las únicas limitaciones que se recogían en el BCPP 2013 eran que el Ministerio Fiscal “no lo considere

⁶⁰³ Algo propio en las infracciones leves.

inadecuado en razón a la naturaleza del hecho” (art. 144.2), un concepto impreciso y difícil de valorar en estadios iniciales del procedimiento. Por su parte, el ALECr 2011 establecía que el Ministerio Fiscal podría, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación, “según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima” (art. 158.1).

Respecto al momento procesal oportuno para la práctica de la mediación, en la EM del BCPP 2013 daba la impresión de que no la rechazaba con posterioridad a la investigación, pues afirmaba que “la mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional”. En otro párrafo, y refiriéndose a las consecuencias del modelo restaurativo, manifestaba que éstas podían abarcar “desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, o apreciación de alguna atenuante, (...)”. Dada su posición tan favorable a la mediación penal, hubiese sido más oportuno residenciarlo en cualquier fase, tal como indica la Recomendación R (99), de 15 septiembre, Comité de Ministros del Consejo de Europa al expresar que “la mediación debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal”.

En el articulado del ALECr 2011 la mediación se contemplaba en el título VI del libro II, encontrándose vinculada al principio de oportunidad, como anunciaba su EM. Aunque se podría pensar que, en el esquema procesal diseñado por aquél, la mediación encontraba acomodo en la fase inicial del procedimiento, el texto introductorio reconoce que, además de con el archivo, la mediación puede concluir con “una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada”. Leyendo el articulado, se comprueba el reconocimiento expreso de la posibilidad de mediación en distintas fases del proceso. En la fase de investigación, que dirige el Ministerio Fiscal en aquel anteproyecto, éste podía archivar por razones de oportunidad, o suspender el procedimiento con una serie de condiciones o reglas de conducta (arts. 149 y 150). Además, la mediación podía desarrollarse en la fase del juicio oral ante el Tribunal de enjuiciamiento “cuando todas las partes lo soliciten”. Si se alcanzaba acuerdo en sentencia se aplicaría la atenuante de reparación (art. 160), incluso, cabía durante la fase de ejecución (art. 158.5).

En cuanto a la incorporación del principio de oportunidad, el ALECr 2011 optaba claramente por ello. En su EM (párrafo XXIV) lo justificaba en atención a criterios político-criminales que consideraban innecesaria la imposición de la pena en un caso concreto, o bien preveían su reducción utilizando para ello el instituto de la conformidad. El principio aparecía también entreverado a lo largo de su texto (arts. 149, 151, 150, 153, 155, 159.3 ALECr 2011), contemplando un conjunto expresiones de aquél, como se describe a continuación.

El art. 149 ALECr 2011 regulaba el archivo por razones de oportunidad, para los delitos castigados con penas de prisión de hasta dos años. Dándose una serie de supuestos que enunciaba el artículo, fundamentalmente la mínima trascendencia del hecho punible, y de la culpabilidad del autor, y no tratándose de los que expresamente excluía, el fiscal podría decretar el archivo total o parcial de la investigación. El siguiente (art. 150 ALECr 2011), regulaba la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, para delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años, o cualesquiera penas de otra naturaleza. En tal caso, el fiscal podría acordar la suspensión del procedimiento condicionando su vigencia a unas obligaciones o reglas de conducta que fijaba en los apartados comprendidos entre la letra a) y la j), entre las que aparecían modalidades restaurativas, así como la exigencia del reconocimiento por parte del investigado de la comisión de los hechos, su compromiso en cumplir las reglas de conducta o

condiciones, y que “el ofendido o perjudicado haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas al investigado.” El fiscal vigilaría el cumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta impuestas. Por último, preveía el art. 150.6 ALECr 2011 que, tras haber pasado dos años sin reiteración delictiva por el investigado, el fiscal, previa audiencia del ofendido, remitiría al Juez de Garantías el procedimiento para su archivo “con pleno efecto de cosa juzgada”, añadía aquél.

El BCPP 2013 proclamaba en su EM la instauración con carácter general del principio de oportunidad en el ordenamiento procesal penal español. En concreto, en el apartado IV de aquél, bajo el título “disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y mediación penal”, contemplaba la mediación penal como una herramienta de la justicia restaurativa, concebida como “(...) una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias alentadoras y fructíferas”. Es decir, se pretendía positivizar prácticas beneficiosas de justicia restaurativa que ya se llevaban a cabo por considerarlas provechosas.

El texto apostaba por una concepción de la justicia restaurativa amplia y complementaria del sistema de justicia penal, declarándolo así expresamente.⁶⁰⁴ El art. 90 BCPP 2013 contemplaba la posibilidad de suspensión o sobreseimiento en virtud de la oportunidad, pero no debido a mediación, pues la misma no estaba recogida entre los supuestos, aunque sí, paradójicamente, se contemplaba el caso de “sobreseimiento para cumplimiento de presupuestos” (art. 91.1.2 BCPP 2013).

Como se observa, los enunciados de la EM eran muy favorables a la justicia restaurativa, pero no se encontraban, sin embargo, adecuadamente desarrollados en el articulado; así, por ejemplo, el art. 91 BCPP 2013 enumeraba los motivos por los cuales podría sobreseerse la causa por razones de oportunidad, pero no aparecía entre ellos la mediación. Tampoco regulaba el efecto respecto a la suspensión o interrupción del proceso por encontrarse en mediación, ni establecía consecuencias jurídicas al eventual acuerdo y ni siquiera se contemplaban las normas de derivación. Por todo ello la forma de insertar la mediación en el proceso no estaba prevista en este texto prelegal ni siquiera con un mínimo de concreción, careciendo, por tanto, de una conexión procesal adecuada.

En lo relativo al órgano competente para acordar la derivación, ambos proyectos se adscribían, sin dudas, al principio de oficialidad aunque otorgando la potestad a órganos diferentes; el BCPP 2103 atribuía esa función al Ministerio Fiscal (arts. 144.2 y 3, y 145), en tanto que en el ALECr 2011 la competencia no solo recaía en el Ministerio Fiscal (art. 158.1), sino también en el Juez (art. 158.5), o Tribunal (art. 160), acordando la derivación e incoación del procedimiento de mediación, mediando siempre el consentimiento informado de las partes, y con suspensión del procedimiento, siendo igualmente quienes homologaban el acuerdo alcanzado.

⁶⁰⁴ En el citado apartado de la EM se explicita este carácter al manifestar que “La justicia restaurativa se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor.” Una concepción más rica que, como señala el propio texto, la mera indemnización económica, entendiéndose en sentido amplio como “un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación.”

En cuanto al régimen de la conformidad, en ambos textos prelegales, se contemplaba como un vehículo para la aplicación de la mediación penal. Para el BCPP 2013 en el caso de producirse una mediación con éxito, se preveía conectarla con la conformidad, aunque del articulado no se puede obtener mucha más clarificación al respecto. El ámbito de aplicación posible era extensísimo, ya que el art. 103.1 BCPP 2013 lo preveía para “cualquiera que sea el tipo de delito y con independencia de la pena que le corresponda”, sin los vigentes límites actuales de penalidad, que, sabido es, hoy día se eluden con subterfugios y triquiñuelas procesales. El momento procesal oportuno, como se ha visto, era también muy extenso en este Anteproyecto. Finalmente, y respecto al contenido de la conformidad se extendía, con carácter general, el beneficio del tercio de reducción de la condena.⁶⁰⁵ Incluso se afirmaba la posibilidad de alcanzar conformidades solo con alguno o algunos de los imputados (art. 103.2 BCPP 2013).⁶⁰⁶

En el ALECr 2011 se preveía una extensión de la conformidad más vigorosa que la vigente, pero menor que la del BCPP 2013. Tampoco establecía este texto ningún tope penológico ya que, según viene a reconocer en su preámbulo, “esta limitación no ha tenido reflejo en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuanto el asunto rebasa el límite máximo de los cinco años de prisión”. Sin embargo, exigía la conformidad de todos los imputados para que fuese viable, como exige el actual art. 655 LECr. Es cierto que, en la práctica judicial, una conformidad parcial puede provocar no pocos problemas prácticos con implicación en derechos procesales, pero es un hecho que los subterfugios a que alude la EM para eludir los límites penológicos vigentes, también crean problemas notables.⁶⁰⁷

La conformidad diseñada en este texto se encontraba sujeta a control judicial (art. 108.2 BCPP 2013), abarcando, tanto el de la calificación jurídica, como la procedencia de la pena, pero en consideración de “los hechos aceptados por todas las partes” (arts. 108.2 BCPP 2013 y 787.2 LECr) que vincula al juez, aunque no fueran ciertos. El control se extendía en el jurado a si ha cometido o no el hecho justiciable (art. 50.2 LOTJ). En el ALECr 2011 se producía una curiosa diferencia al establecer un contenido diferenciado del examen por parte del juez en función de si la pena privativa de libertad era mayor o menor a cinco años.

Respecto a la interrupción o suspensión de la prescripción de la acción penal mientras se desarrolla la mediación, la Directiva 2008/52/CE, de 21 mayo, sobre aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, establecía que los Estados deben garantizar que su normativa sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan la práctica de la mediación. De esta

⁶⁰⁵ Hasta ahora solo previsto para los juicios rápidos o procedimientos abreviados cumplidos sus requisitos (arts. 801 y 779.1.5ª LECr).

⁶⁰⁶ El art. 103.2 BCPP 2013 establecía “La conformidad es admisible, aunque sean varios los encausados y no todos se conformaren. Su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con los no conformes.” Entendemos que el cumplimiento del mandato que expresa la segunda oración del artículo es muy difícil de cumplir, pues una cosa es la vinculación automática al resto de los coimputados, y otra que subjetivamente el juzgador vaya a ignorar un dato tan relevante en todo caso.

⁶⁰⁷ Problemas aun más irresolubles pueden darse cuando en casos prácticamente idénticos, aunque en causas separadas, unos imputados se conforman y otros no. SANZ CASTILLO, SARA, “La conformidad parcial no evita el juicio en el proceso penal; ¿se basará la sentencia en la prueba o en el acuerdo?”, *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, núm. 50/2018, cita los casos de cohecho pasivo impropio del caso de los “trajes de la Generalitat valenciana”, en que unos imputados, que alcanzaron conformidades, fueron condenados y otros, que no lo hicieron, resultaron absueltos.

manera, la LMACM establece la suspensión de la prescripción o la caducidad de acciones hasta la terminación del procedimiento de mediación.⁶⁰⁸

En materia penal la prescripción viene regulada en el art. 132 CP, que dispone en su apartado segundo, que se interrumpe cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable, comenzando a correr, de nuevo, desde que se paralice el procedimiento o termine con condena. En el caso de iniciar un procedimiento de mediación no cabe interpretar que ello suponga “dirigir un procedimiento contra persona determinada”, por lo que, en paralelo a la interpretación que hace la Circular 4/2013 FGE sobre las diligencias de investigación Ministerio Fiscal, que no interrumpen la prescripción, este debería ser también el régimen para la mediación. En relación a esta materia, el BCPP 2013 guardaba silencio, aludiendo simplemente que la fase de investigación podría suspenderse por el Ministerio Fiscal y por un plazo de hasta dos años.⁶⁰⁹

El ALECr 2011, por el contrario, sí lo regulaba, estableciendo unos plazos máximos, y la suspensión de la tramitación, tanto en la fase de investigación, como en la intermedia o en el juicio oral o, incluso, en la fase de ejecución de sentencia. Contemplaba el archivo condicionado al cumplimiento o, en el caso del juicio oral, previendo una conformidad premial, o la aplicación de la atenuante de reparación del daño (arts. 157 a 161 ALECr 2011).⁶¹⁰

⁶⁰⁸ La LMACM prevé en su art. 4, que “la solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones (...) la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley”.

⁶⁰⁹ El art. 92 BCPP 2013 regulaba, al respecto, “el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer que le proponga el Ministerio Fiscal con el fin de afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adicción en su caso o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena”. Estas prestaciones pueden ser la consecuencia de un procedimiento de mediación, por lo que cabría en tal caso el sobreseimiento por razones de oportunidad a que se refiere el art. 91.2 del borrador, que cabría entonces tan solo si se encontrase vinculado a una reparación. En relación con la suspensión, el art. 145 BCPP 2013 contemplaba el supuesto de la suspensión de las Diligencias de Investigación, señalando que cuando el Ministerio Fiscal tuviese conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podría suspender las Diligencias de Investigación, mediante decreto, si lo considerase oportuno.

⁶¹⁰ Sobre ello se pronunciaba la EM “Hasta tanto las investigaciones no llevan a dirigir las sospechas hacia una persona determinada, la garantía de la limitación temporal de la persecución estatal de la infracción cometida se encuentra en el plazo de prescripción señalado por la ley”. Era con la primera comparecencia del investigado cuando se interrumpía el plazo de prescripción del delito, y cuando comenzaba de nuevo a correr aquél. En el articulado, no obstante, se guardaba silencio; solo lo mencionaba en el art. 150.3 ALECr 2011, acerca de la suspensión por oportunidad o por imposición de reglas de conducta. En ese caso la suspensión quedaba condicionada a que el imputado no delinquiese por plazo de dos años, “quedando entretanto interrumpido el cómputo de la prescripción de la infracción cometida”. Finalmente, el art.161 ALECr 2011, que trataba sobre mediación en los juicios de faltas, interrumpía el plazo de prescripción por un máximo de 3 meses.

CAPÍTULO III.

Evolución y tendencias del proceso penal: ejes de su reforma en los anteproyectos de ley en clave de justicia restaurativa y participación del Ministerio Fiscal en la misma.

3.1. Antecedentes históricos del actual proceso penal.

3.1.1. Orígenes de los sistemas procesales penales en Europa.

El precedente más remoto en el que se pueden observar los rasgos de los modelos actuales de proceso penal lo encontramos en la Baja Edad Media,⁶¹¹ en el siglo XIII, un momento decisivo para la posterior configuración en Europa del proceso penal, siendo en este contexto clave la figura de la ordalía. Dicha institución surgió en un momento histórico de debilidad del poder público; por ello, éste, ante la percepción o sospecha social sobre la autoría de un delito perpetrado en la comunidad, se vio precisado a encontrar un modo de proceder a su castigo. Se buscaba que dicha tarea no supusiera que alguien hubiera de sostener la acusación, ante el peligro de verse después sometido a la venganza del acusado o su clan familiar, rompiendo así la paz social. De esta forma, por medio de la ordalía, o “juicio de Dios”, se averiguaba la inocencia o culpabilidad del acusado, haciendo pasar a éste por pruebas rituales de diversa naturaleza, pero de carácter mágico y casi siempre cruentas.

La Iglesia terminó prohibiendo esta práctica en 1215, en el concilio Laterano, impidiendo que los clérigos pudiesen tomar parte en ellas, por lo que el Poder Público se vio en la necesidad de encontrar un nuevo sujeto que sostuviese la acusación. Es en este contexto cuando surgieron las dos modalidades clásicas de proceso penal en función de en qué sujeto situaron aquella tarea; una escisión cultural que se plasmó en Europa entre Inglaterra y el continente, y que continúa en la actualidad.

La monarquía inglesa⁶¹² optó, en esta disyuntiva, por los sujetos activos del delito, usando para ello la institución del Jurado. De esta manera los vecinos, que conocían la “fama” del caso -la sospecha social sobre el autor de la infracción-, tenían que jurar solemnemente la acusación contra el vecino infractor. El Poder político se mantenía, de esta manera, al margen de la imputación. Esta es la base del sistema acusatorio en que, a falta de coacción por el Poder Público, el acusado gozaba de inmunidad, de una germinal presunción de inocencia, y del derecho a no confesarse culpable.

⁶¹¹ Algún autor ha querido ver antecedentes más remotos a los sistemas imperantes en Europa, así CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica 2018, pp. 20-49, encuentra los antecedentes más antiguos del modelo acusatorio en el Derecho histórico bárbaro y romano primitivo. El modelo inquisitorio para el profesor costarricense, efectivamente, tiene su origen en el propio de la Iglesia del siglo XIII, estudiando a continuación el desarrollo histórico del mismo en Francia y Alemania.

⁶¹² El contexto histórico que explica las características peculiares del ordenamiento jurídico inglés son magistralmente descritas por BARONA VILAR, SILVIA, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, op.cit., pp. 174-191. Con gran erudición histórica, la autora describe la evolución de los particulares condicionamientos sociológico-históricos (en el que la conquista normanda y sus circunstancias históricas de lucha con el poder feudal), que dieron lugar al *common law*, como producto de las *Curia regii*, unos órganos que no aplicaban las normas del modelo romano-católico, y que terminarían configurando el *Due Process of Law*. Posteriores avances como la Carta Magna de 1215, el Segundo Estatuto de Westminster de 1285, y la consolidación de la institución del jurado, irían perfilando el sistema procesal inglés, caracterizado por ser el juez el protector de las libertades del ciudadano. Un juez que, ya en el siglo XV, contaba con un corpus peculiar y consolidado de reglas de actuación. Según la autora, y esto nos parece sustancial, la diferencia básica del modelo inglés, que se fue consolidando mediante aportaciones progresivas, y el burocratizado continental, consiste en la primacía de las circunstancias sociales de aquél sobre “la profesionalización y burocratización del aparato judicial”.

En el contexto anglosajón, que siempre mostró tendencia a la limitación del poder real, dicho modelo fue progresivamente consolidándose. La culpabilidad del encausado debía pues, ser probada por la acusación en un juicio público y oral, y el sospechoso tenía derecho a defenderse. En este esquema, el juez es un elemento neutro e imparcial, ajeno a la contienda, y cuya misión es asegurar el correcto desarrollo del proceso y garantizar la inmunidad del acusado.

En el territorio continental europeo, sin embargo, la opción sobre dónde colocar la presión acusatoria fue otra, y se optó por el sujeto pasivo del procedimiento. Se siguió el modelo de la Iglesia Católica, el inquisitorial, en el que la “fama” debía ser encontrada y probada por un juez dotado de un gran poder para ello. Para obtener la verdad material, objetivo del proceso, el juez disponía de una panoplia de medios indagatorios entre los cuales el más sobresaliente era la tortura. Este modelo estableció firmemente la oficialidad de la persecución penal, siendo la jurisdicción tan solo una manifestación particular más del poder absoluto del monarca. En este contexto surgió, gradualmente, la figura del Ministerio Fiscal, ya que, a diferencia del esquema procesal civil, donde las pretensiones del actor las tiene que sustanciar él mismo, y se establece el binomio demandante-demandado, en el ámbito penal se sustituyó su paralelo, acusador-ofendido por la infracción vs acusado infractor, por una figura de creación artificial, el Ministerio Fiscal. Este fenómeno se produjo ya en un momento histórico antiguo al constatar que la persecución del crimen era una labor con una indudable trascendencia comunitaria. Esta figura artificial ostentaría la función de perseguir el delito en nombre del Estado, manteniendo el binomio señalado, constituyéndose en parte la acusadora que tenía que respetar el principio de legalidad. Para que los tribunales pudieran ejercitar el *ius puniendi* del Estado por medio de un verdadero proceso era preciso, pues, que alguien formulase la acusación.⁶¹³

3.1.2. Posterior evolución de ambos modelos en el panorama europeo.

En el caso de Inglaterra, ya en el siglo XVIII, debido a la práctica judicial del modelo acusatorio desarrollado durante el transcurso de muchos años, se fue creando un *corpus* de reglas probatorias y de garantías para el acusado, y consolidándose un modelo en el que el juez se constituyó en árbitro entre partes y protector de los derechos de aquél. En el ámbito anglosajón, pero en Norteamérica, estas limitaciones al poder público en el ejercicio de la jurisdicción se convirtieron en derechos constitucionales con garantía judicial, algo que en el sistema procesal penal europeo continental no ocurriría hasta prácticamente después de la II Guerra Mundial. En Europa, no existían verdaderos derechos fundamentales con garantía judicial en el citado ámbito. Los existentes eran tan solo de configuración legal, y sujetos, por tanto, al principio de legalidad. Por añadidura, las normas procedimentales otorgaban al juez un gran poder de injerencia en los derechos fundamentales de los justiciables.

⁶¹³ Es el resultado de la evolución histórica que muy sucintamente se ha expuesto. En este esquema, explican, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO (Coord. MONTERO AROCA, JUAN), *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, pp. 43-44, es precisa la figura del Ministerio Fiscal para que el Estado a través de dicho órgano ejerza la acción penal. En el capítulo IX, “La lucha contra la arbitrariedad jurídica”, del excelente libro de MARINA TORRES, JOSÉ ANTONIO, DE LA VÁLGOMA, MARÍA, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Madrid 2000, p. 99, se alude al alcance de la cuestión estudiada, en los siguientes términos: “Una y otra vez aparece el problema de quién puede iniciar el proceso. Este asunto, que parece un mero tecnicismo procesal, ponía en juego graves intereses cotidianos (...) El proceso puede ser iniciado por el perjudicado o por el juez. ¿Qué es mejor? ¿O es indiferente que lo comience uno u otro? Leídas en la tranquilidad de un cuarto de estar, estas preguntas parecen exquisitesces de especialista. No es así. Estamos hablando de cosas que han supuesto -y suponen aún para mucha gente- la diferencia entre la felicidad y la desdicha, la salvación o el horror”.

Aun siendo, tanto el modelo norteamericano, como el europeo continental, sistemas constitucionales, la diferente naturaleza de éstos tuvo un reflejo inmediato en los sistemas procesales de ambos territorios. De esta manera, la constitución norteamericana se puede considerar, desde principios del siglo XIX, de carácter normativo, cuyos preceptos son directamente aplicables y sujetos a garantía jurisdiccional, algo que en el continente europeo, como se ha señalado, no ocurriría hasta, cuando menos, el periodo de entreguerras. De este modo, las constituciones continentales del siglo XIX se consideraban meros textos programáticos, precisados de desarrollo legislativo para su aplicabilidad, y carentes de un sistema de garantías propio.

En Europa, a pesar de las profundas reformas que trajo consigo el proceso revolucionario francés, la esencia del proceso penal no cambió más allá de la manifestación de la supuesta racionalidad de la ley, producto de la voluntad general, identificada con presupuestos de lógica, racionalidad y justicia. Es posible que la razón de la ausencia de cambio se debiese a motivos de tipo histórico. Así como en la experiencia norteamericana el problema a solventar era el absolutismo inglés, en el caso francés se centraba más bien en la lucha contra el Antiguo Régimen, y se optase por oponer, a lo que quedase de éste, otro fuerte poder estatal: el juez de instrucción. Esta institución, en realidad, no resultaba muy diferente del juez inquisidor existente hasta entonces, ostentando gran capacidad de intromisión en los derechos fundamentales de los investigados con el fin de hallar la verdad material de la infracción criminal, debiendo observar el único límite legal de las normas procesales -que se auto otorga el Estado-, en el marco de un procedimiento criminal bajo el régimen de oficialidad estatal.

3.1.3. Proceso penal en España a finales del siglo XIX.

El primer código procesal penal en España fue la denominada Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, que instauró el sistema acusatorio formal o mixto, encomendando la investigación del hecho criminal al juez de instrucción y el ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal, atribuyendo el enjuiciamiento a un órgano distinto al instructor. Este esquema fue retomado por la actual LECr promulgada en 1882, un texto muy avanzado, en su época, que recogía la esencia liberal propia del siglo XIX en su aspecto de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, expresada en el principio de irrenunciabilidad de las penas y necesidad de la acción penal.

A finales del siglo XIX en España, por consiguiente, perduraba el sistema procesal penal inquisitivo pero considerándose, no obstante, que debía reformarse o cuando menos corregirse, se acometió la redacción de la todavía hoy vigente LECr de 1882. Aun manteniendo elementos del modelo inquisitivo, en el que el juez seguía conservando un amplio poder indagatorio, otorgándole para ello, una gran capacidad limitativa de derechos fundamentales, el principal avance de la vigente LECr fue introducir la figura de otro órgano judicial diferente encargado de juzgar en un proceso oral, público y contradictorio.

De esta suerte de configuración, en el juez instructor concurrían dos funciones ciertamente contradictorias: la de investigar la infracción criminal y sus circunstancias para preparar la acusación, y, de otro lado, garantizar ciertos derechos del investigado. Este diseño ha lastrado la eficacia del proceso, ya que ha supuesto burocratización de la instrucción por su carácter oficial y falta de filtros para la llamada criminalidad de bagatela, así como,

paradójicamente, la sobrevaloración de la fase instructora por tratarse de una investigación llevada a cabo por un órgano técnico, imparcial y profesional, que, paralelamente, ha acarreado una minusvaloración del plenario. Un juez investigador y, al mismo tiempo, garante de derechos, es, por sí mismo, una *contradictio in terminis*. Esta percepción se hace más patente cuando se pone en conexión con el derecho a la presunción de inocencia⁶¹⁴, puesto que las labores indagatorias en busca de pruebas y elementos incriminatorios contra el acusado, son actividades que no se corresponden con la idea de considerar a alguien inocente. Adicionalmente, esta presunción va debilitándose a medida que se suceden las fases procesales y, cuando se llega al acto de vista, a pesar de sus carácter público, oral y contradictorio, es mayor el esfuerzo que tiene que desarrollar la defensa para desvirtuar el acervo probatorio levantado contra el encausado, que la acusación en sostenerlo.

3.1.4. Evolución de los modelos procesales en Europa después de la II Guerra Mundial.

En Europa tras la II Guerra Mundial, se fue abandonando el sistema de juez inquisitivo instructor, como planteaban las nuevas constituciones promulgadas en dicho periodo en Alemania, Francia e Italia. El juez instructor deja de ocuparse de las tareas de investigación, y pasa a constituirse en garante de los derechos de las partes dejando su anterior función. En las enumeraciones de derechos de las constituciones de la postguerra se recogen aquellos procesales que, como se ha indicado, trajeron la creación del llamado Juez de Garantías, expresión del juez propio del Estado democrático y social de Derecho, como el instructor del siglo XIX lo fue del Estado Liberal de Derecho.

Además de este cambio de esquema, se trató de evitar, en los nuevos modelos procesales penales, defectos o tendencias negativas que se habían observado en el modelo anglosajón adversarial y que han sido denominados *combat effect* y *wealth effect*.⁶¹⁵ El primero de ellos alude a la dinámica, lógica en un proceso con partes enfrentadas, en la que lo importante no es averiguar la verdad sino ganar al rival, tratando de encontrar las evidencias inculpatorias como único propósito. El segundo hace referencia a la mayor facilidad con que la parte con recursos económicos puede recabar prueba favorable a su posición, en detrimento de la igualdad de armas procesales que debe regir en el proceso.

En orden a solucionar estos problemas, en el derecho continental, se optó por encargar la investigación oficial al Ministerio Fiscal, un órgano público dotado de un estatuto personal prácticamente similar al del juez, para evitar la falta de objetividad e imparcialidad durante la investigación. Dicho órgano, carente de interés personal en las indagaciones, debe tanto tener en cuenta, las circunstancias desfavorables, como las favorables del investigado, superando el

⁶¹⁴ En palabras del TEDH, la presunción de inocencia exige, entre otras cosas, que en el ejercicio de su función, los integrantes del Tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado es autor de los hechos que se juzgan, correspondiendo a la acusación informar al imputado de los cargos en su contra -para que éste pueda preparar y presentar su defensa en consecuencia- y aportar las pruebas suficientes para condenarlo (STEDH 6 diciembre 1988, apdo.77, *Barberà, Messegué y Jabardo vs España*, y STEDH 23 julio 2002, apdo. 97, *Janosevic vs Suecia*.) tal como recogen ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO. “Derecho a un proceso equitativo”, en *Convenio europeo de derechos humanos, comentario sistemático AAVV*, (Dir. LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI), *op.cit.*, p. 281.

⁶¹⁵ Un estudio imprescindible para poder poner en contexto estos mecanismos con el sistema adversarial es el trabajo de GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “El sistema: Adversarial System”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, op.cit.*, pp. 83-108.

obstáculo del “efecto combate”. Asimismo, se priva a este órgano de la capacidad de adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los investigados para, de este modo, garantizar la injerencia interesada en ellos, siendo el Juez de Garantías quien debería adoptarlas.

3.1.5. Constitución española de 1978 y evolución del diseño de proceso penal.

Aunque, desde su entrada en vigor, se produjeron reformas sobre el texto de la LECr, no fue hasta la promulgación de la CE cuando se acometió su modificación para constitucionalizarla, reforzando tanto la garantía de los derechos fundamentales como las garantías procesales. Sin embargo, a diferencia de las profundas reformas que tuvieron lugar en los textos procesales penales europeos en los últimos años del siglo XX, el español siguió manteniendo el modelo acusatorio formal o mixto.

Desde el año 1978, las reformas operadas en la LECr han venido motivadas, además, por las sentencias constitucionales y del TEDH, cuyas resoluciones han ido impregnando aquéllas. Hasta el año 2000, y desde la promulgación de la Constitución de 1978, la LECr ha sido reformada en más de cincuenta ocasiones, con modificaciones de distinto calado, siendo también múltiples las reformas operadas hasta la actualidad para hacer más eficaz el proceso penal.⁶¹⁶

Otro orden de reformas ha venido motivado por la necesidad de trasposición de normativa europea que, progresivamente, tiende a establecer un estándar homogeneizador de proceso penal, así como de la incorporación del contenido del CEDH del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950.⁶¹⁷

Este bagaje de reformas ha supuesto que el procedimiento penal español resulte homologable al de nuestro entorno cultural, y que cumpla los requisitos exigidos al denominado proceso debido⁶¹⁸, (*due process of law*)⁶¹⁹, anglosajón, o derecho a un proceso equitativo, según

⁶¹⁶ Entre ellas, y a título ejemplificativo, Ley 38/2002, de 24 de octubre, para el enjuiciamiento rápido en inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del procedimiento abreviado, Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de modificación para la agilización procesal, o la Ley 41/2015, de 5 octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

⁶¹⁷ Sirvan, como ejemplo, la Ley 4/2015, de 27 abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la Ley Orgánica 4/2015 al objeto de trasposición de la Directiva Europea 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción de los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, sobre el derecho a la información en los procesos penales.

⁶¹⁸ La doctrina del TC sobre el proceso penal con todas las garantías incluyendo la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a un proceso debido y equitativo del art. 6 del CEDH, ha ido construyéndose progresivamente desde los inicios del período democrático, y en los últimos años enriqueciéndose, matizándose, y aportando nuevas valoraciones, en buena medida por influencia de la doctrina del TEDH. Numerosas sentencias, por citar las más recientes SSTC 133/2021, de 24 de junio, (ECLI:ES:TC:2021:133), STC 18/2021, de 15 de febrero, (BOE 22/03/2021) que condensa la de las STC 88/2013, de 11 de abril, STC 146/2017, de 14 de diciembre, y STC 1/2020, de 14 de febrero, ofrecen un detallado análisis de qué requisitos debe observar una sentencia penal condenatoria para cumplir los requerimientos de un proceso penal con todas las garantías, que, en una enunciación muy sintética, exige el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, para completar el derecho a un proceso con todas las garantías, con la obtención de una condena basada en pruebas personales, obtenidas por medio de una actividad probatoria que el tribunal haya examinado de forma personal y directa, con existencia de debate público y posibilidad de contradicción, siendo exigible también la audiencia personal del acusado como parte de su derecho de defensa (STC 184/2009, de 7 de septiembre, ECLI:ES:TC:2009:184). Es preciso matizar, en el supuesto de una sentencia en vía de recurso, que empeore la condena, o condene cuando no existía aquella, que la jurisprudencia del TEDH y del TC exigen audiencia al acusado con plenitud de las notas de intermediación, publicidad y contradicción ya señaladas, si dicho empeoramiento o condena se producen como consecuencia de una nueva valoración de la prueba, o de una reconsideración de los hechos probados (STC 18/2021, de 15 de febrero). Ahora bien, si la controversia es tan sólo jurídica entre los distintos órganos judiciales, por ejemplo, acerca de la calificación de unos hechos declarados probados, no resulta precisa la audiencia y el principio de contradicción se ve

la CEDH, que, sin embargo, presenta caracteres diferentes en los distintos estados europeos. En concreto, la figura del juez de instrucción sigue existiendo en Francia y Portugal, pero con unas atribuciones diferentes al sistema vigente en España en la fecha en que se escriben estas líneas y coexistiendo con una Fiscalía que dirige la investigación de casi todos los delitos. En otros estados, caso de Italia o Alemania, es el fiscal quien dirige en exclusiva ésta. Por último, las facultades de intervención en el proceso de las partes son muy diversas dependiendo de la fase procesal, pero con una participación muy reducida en general en la fase preliminar. Estas cuestiones, no obstante, se describirán más detalladamente en un posterior apartado de este trabajo.

3.2. Necesidad de la reforma de la vigente LECr de 1882 y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

La CE se perfila como un texto plenamente normativo vinculante para todos los poderes públicos y los ciudadanos. Los derechos recogidos en ella resultan de aplicación directa, y están sujetos a un sistema de garantías cuya clave de bóveda es la jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional. La CE 78 es perfectamente equiparable a las de su entorno cultural, aunque para la materialización de los derechos fundamentales constitucional-procesales en ella recogidos, ha sido preciso su desarrollo por medio de leyes que, en el mejor de los casos, han supuesto un parcheo legislativo precisado de múltiples modulaciones y correcciones por vía jurisprudencial. Y no se trata de una necesidad, precisamente, sentida desde fechas recientes.⁶²⁰

El texto fundamental del proceso penal, la LECr, data de 1882 y para la adaptación a la que se acaba de hacer referencia, ha sufrido innumerables reformas desde la entrada en vigor de

cumplimentado con la intervención del letrado del acusado (STC 125/2017 -BOE 20/12/2017-, STC 35/2020, (ECLI:ES:TC:2020:35)). En realidad, la determinación de si ha de operar o no el principio de inmediación, presupone que el TC debe, individualmente, examinar la actividad del tribunal del que dimana el recurso, es decir, ponderar si el nuevo juicio en realidad supone una nueva valoración, o en tan solo una valoración jurídica, lo cual requiere una un análisis individualizado, caso por caso, que versa sobre la coherencia y conexión del relato histórico y la calificación jurídica de los hechos, incluso de él se puede inferir el elemento subjetivo del injusto en delitos de naturaleza dolosa. El TC ha emitido jurisprudencia en ambos sentidos.

⁶¹⁹ El artículo 6 CEDH recoge un amplio catálogo de derechos y garantías procesales con el que se pretende materializar el núcleo irreductible, la trama esencial que sustenta la relación (en toda su amplitud) entre los ciudadanos y el Poder Judicial en un Estado democrático, lo que denominamos el *proceso debido* según recogen ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO. “Derecho a un proceso equitativo”, *Convenio europeo de derechos humanos, comentario sistemático*, AAVV (Dir. LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI), *op.cit.*, pp. 203-297. En relación con el citado artículo, AGUDO GONZÁLEZ, JORGE, *Tutela judicial efectiva y relaciones jurídico-administrativas transnacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, pp. 43-54, indaga acerca de la doctrina del TEDH sobre el art. 6 del CEDH relativa, eso sí, a los estados miembros como eventuales sujetos de vulneraciones de los estándares del citado Convenio. Sin embargo, el problema que el autor identifica en su trabajo tiene sumo interés y traspasa el ámbito del estudio, puesto que resulta común a cualquier rama del ordenamiento jurídico; mientras las normativas europeas avanzan con nuevos derechos y libertades con carácter trasfronterizo, las garantías para su efectividad quedan sujetas a las autoridades y a los órganos judiciales de los estados miembros, y ahí surgen las disfunciones y las dificultades para el reconocimiento mutuo de resoluciones, por lo que mejorar estos mecanismos resulta fundamental para la efectividad de aquellos derechos y libertades.

⁶²⁰ La necesidad de la reforma del proceso penal aparece ya recogida en la DF 4ª de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 de 22 de mayo, en concreto en su disposición final cuarta que alude a “Futuras reformas procesales. En el plazo de un año, desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva. Asimismo, en dicho plazo, se adoptarán las reformas legales necesarias que adapten a tal procedimiento el Estatuto y funciones del Ministerio Fiscal, y se habilitarán por las Cortes Generales y el Gobierno los medios materiales, técnicos y humanos necesarios.”

la CE, siendo, en la actualidad, un texto irreconocible respecto a su origen, difícil de manejar, carente de sistemática, y necesitado de urgente sustitución.⁶²¹

El Consejo de Ministros acordó, con fecha 24 de noviembre 2020, la redacción de las bases de un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el propósito de diseñar un nuevo modelo procesal penal acorde con el diseño constitucional y respetuoso con los derechos fundamentales. Resulta perentoria una reforma de la LECr, tan radical que sería más exacto afirmar que lo necesario es una nueva. Las razones para ello son múltiples, pero se podrían condensar en el hecho innegable de que el modelo burocratizado de proceso penal vigente resulta ineficaz y se sostiene, a duras penas, en buena medida gracias al voluntarismo de los agentes que en él actúan.⁶²² Las razones de este fracaso no obedecen exclusivamente a una falta de inversión económica, sino que guardan también directa relación con la insuficiencia del proceso diseñado por la viejísima LECr en vigor, con su falta de racionalización de recursos, y con su configuración, marcada por un sesgo profundamente burocrático. En este sentido, el ALECr 2020 se cimenta en los derechos fundamentales, de los que pretende ser salvaguarda, buscando al mismo tiempo la eficiencia del sistema procesal penal.

El ALECr 2020 incorpora cuarenta años de creación jurisprudencial y aportes de la doctrina científica, y pretende ser el código procesal penal de la democracia del siglo XXI, adaptando el texto, de forma sistemática, a la constitución y sus principios, particularmente los procesales penales. El foco de atención se pone, no ya, en los principios de jurisdiccionalidad y legalidad del Estado Liberal del siglo XIX, sino en la esfera de derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito procesal penal, contemplando la jurisdicción como un ámbito de garantía de aquellos, en realidad, un requerimiento de la propia CE todavía no llevado a cabo de forma integral en la legislación procesal. El más importante de ellos tocante a la propia

⁶²¹ Con el sugerente título “el magma que nos sostiene”, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Las características principales de nuestro proceso penal vigente: sin rumbo definido ni identidad propia”, AAVV, (Dir. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Ibáñez*, op.cit., pp. 123-153, expone, en su siempre atractivo y ágil estilo, una cuestión de gran calado sobre la génesis de la reforma procesal penal en trámite, sosteniendo que se trata de una decisión política, que la ciudadanía no ha reclamado y que el Poder Político no ha justificado más allá de sus explicaciones en las exposiciones de motivos de los anteproyectos de reforma procesal. Es, por tanto, una importación del modelo adversarial que nadie ha solicitado, según manifiesta, y menos que nadie los ciudadanos que lo que desean es una justicia rápida, eficaz, y predecible. GÓMEZ COLOMER hace una reflexión general sobre el fenómeno, por lo que parece, general a escala internacional, de la colonización del Poder Político sobre todos los poderes del Estado, incluido el Judicial. Desde esta perspectiva critica la politización de los anteproyectos procesales, que deberían ser una cuestión de Estado, no de Gobierno. En relación con la asunción del fiscal de la investigación penal se muestra profundamente crítico. La opción no es progresista ni defensora de los derechos del imputado. Al fiscal, que es parte, le interesará, sobre todo, acumular elementos incriminatorios cuando instruya, por más que se deba a la legalidad y a la imparcialidad legal más estricta. Un fiscal que, a fin de cuentas, puede recibir órdenes del Gobierno vía el FG, no es el más adecuado para tal función. Sobre el tema trata también ARMENTA DEU, TERESA, “La reforma del proceso penal, principios irrenunciables y opciones de política criminal”, op.cit.. Un análisis antiguo, pero no por ello sin actualidad, sobre la crisis de la justicia penal en su aspecto procesal, PEDRAZ PENALAVA, ERNESTO, “Notas sobre Policía y Justicia Penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León, Monográfico sobre la Reforma de la Justicia Penal*, núm. 14/2008. Un trabajo, muy acertado a nuestro modo de ver, sobre las reformas necesarias en el proceso penal español ALTAVA LAVALL, MANUEL GUILLERMO, “Del siglo XIX al siglo XXI: una actualizada Ley de Enjuiciamiento Criminal”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. I, op.cit., pp. 55-66.

⁶²² La dinámica de trabajo judicial que impone la vigente LECr supone una acumulación secuencial de papel, el expediente judicial, un legajo cada vez más abultado, del cual el juez o el fiscal a que corresponde en cada fase procesal, quiere desprenderse en una actitud de “estricta resistencia”. Por otra parte, el manejo de la LECr por los profesionales del Derecho, produce un desconcierto notorio ante la dispersión desordenada e incoherente de normas aplicables al caso concreto, a las que tiene que añadir prácticas forenses y abundante jurisprudencia a considerar del mismo modo, plantea RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “La futura LECr a examen”, *Diario La Ley*, núm. marzo 2021.

estructura del modelo, ya que el prelegislador trata de acomodar la función jurisdiccional, descrita en art. 117 CE, a un juez verdaderamente imparcial y ajeno a la investigación penal, cumpliendo así el rol constitucional con total armonía.

Conviene en este punto señalar, asimismo, que la figura del órgano judicial unipersonal encargado de la investigación del delito -a pesar, obviamente, de la existencia de equipos colaboradores- y su competencia, esencialmente territorial, ha quedado, con creces, superada por la extraordinaria complejidad de la nueva delincuencia, que desborda sus posibilidades, en ocasiones, por falta de especialización o, normalmente, por superar objetivamente su capacidad de trabajo. Otra reflexión sobre la que reparar respecto a la figura del juez de instrucción de la vigente LECr, apunta un factor psicológico de su dinámica de trabajo: su actividad se centra en una fase cerrada del proceso, cuyo control después abandona, y el resultado del mismo, que resolverá un órgano ajeno, le es indiferente.

Estas dificultades pueden quedar solucionadas por la asunción del Ministerio Fiscal de la investigación oficial. En primer lugar, su misión, 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 (art. 124 CE), lo configura como el órgano ideal para llevar a cabo la investigación en el proceso penal. Su modo de organización le permite estructurarse de forma flexible y especializarse en determinados delitos⁶²³, o ejercer los institutos de la conformidad y del principio de oportunidad de forma natural, además de constituir el órgano apropiado por el que el Gobierno trasmite sus directrices de política criminal en el ámbito de la Administración de Justicia. Es más, el ALECr 2020 ha previsto el modo de funcionamiento de las fiscalías de manera desconocida hasta el presente: el modelo de fiscal que asume su módulo de trabajo de forma individual, queda desechado en el Anteproyecto, y se sustituye por Equipos autónomos de investigación que trabajarán de forma colegial, tomando las decisiones de forma reflexiva y colectiva, algo que conllevará la modificación del EOMF de forma profunda, como ha previsto el Anteproyecto.

Sin embargo, lo que cabe ponderar más particularmente no son las antedichas reformas orgánicas y funcionales, sino el hecho de que los equipos de investigación podrán centrarse tan solo en aquellas actuaciones que consideren relevantes para la investigación, aligerándola, y centrándose en los elementos útiles para formular acusación, estando pendientes del resultado

⁶²³ El Ministerio Fiscal, por su estructura orgánica, es más idóneo que el Poder Judicial para la creación de órganos especializados, tan necesarios en la actualidad para luchar de forma efectiva contra la delincuencia. Esta necesidad de especialización la ponía de relieve el antiguo Fiscal General del Estado, y actual presidente del TC, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, “Presente y futuro del Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal, op.cit.*, p. 214, al manifestar que controlar el Derecho penal en la actualidad supone tener conocimientos de materias complejas que requieren especialización y formación, desechando la idea de un jurista omnisciente que se pueda enfrentar con éxito a adversarios jurídicos de mayor preparación o especialización. Además de las aludidas, existen otras razones que aconsejan que la investigación penal sea atribuida al Ministerio Fiscal: la necesaria cooperación internacional procesal, que es abordada por LEAL MEDINA, JULIO, “Un estudio sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un nuevo proceso penal”, *Revista Docta Ignorancia Digital*, núm. 4/2013, pp. 5-43, exponiendo que los mecanismos internacionales de la lucha contra la delincuencia transfronteriza, materializados en protocolos y acuerdos, exigen de España un sistema procesal penal similar al resto de los países, donde es el fiscal quien dirige la investigación criminal. Este requerimiento de política criminal para la coordinación y colaboración internacional viene motivado por la necesidad de que el esfuerzo desplegado tenga lugar entre unos sistemas penales reconocibles entre sí. De lo contrario se crearían dificultades en orden a la persecución eficaz de la delincuencia internacional.

de la misma, del que, a diferencia del juez instructor, no son ajenos. Esta circunstancia de tipo psicológico, dotaría al procedimiento de mayor eficacia y adaptabilidad.

Además, no sólo es el investigado quien ostenta derechos dignos de protección en el ALECr 2020. La evolución de los últimos años sobre la percepción de la figura de víctima y su plasmación en los instrumentos de legalidad internacional y nacional que amparan sus derechos, tradicionalmente ignorados, hacen que este nuevo modelo procesal se vea precisado, también, a salvaguardar sus derechos desde la imparcialidad, objetividad y ajenidad. Incluso, por la misma razón, esta exigencia se extiende a figuras necesitadas de especial protección, tales como sujetos con discapacidad, o, incluso, terceros que pueden verse afectados en sus derechos vía el proceso.

En otro orden de consideraciones, las nuevas interpretaciones jurisprudenciales, tanto del TC, como TS o TEDH, con especial incidencia de este último, sobre los medios de prueba, y el gran desarrollo tecnológico de las últimas décadas, ha motivado que, en orden a la eficacia de la persecución criminal, pero respetando todas las garantías de los derechos fundamentales, se diseñe una nueva regulación sobre las modalidades de investigación más modernas de tipo tecnológico, informático, biológico...

Por otro lado, el prelegislador ha tratado, igualmente, conjugar el legítimo interés del Estado en perseguir los delitos y amoldar la actividad de su política criminal al proceso y, por otra parte, la resolución imparcial de los conflictos jurídico-penales desde la perspectiva de un Estado de Derecho. En el nuevo modelo de fiscal director de la investigación oficial y Juez de Garantías, la labor de éste es, simplemente, resolver las controversias entre las partes que surjan durante el proceso.

El ALECr 2020 ha suscitado, en general, consenso, puesto que es unánime la idea de que el viejo sistema procesal penal está obsoleto. Es preciso que el nuevo consiga el equilibrio adecuado entre el respeto de los derechos fundamentales de los partícipes en el proceso penal y la eficaz persecución del delito. El sistema vigente resulta inadecuado en dos planos: no se amolda a las exigencias jurídico-constitucionales del moderno Estado Social y Democrático de Derecho y, además, no resulta eficaz ante el reto de una delincuencia cada vez más especializada, globalizada, organizada y poderosa. El nuevo proceso penal debe construirse desde presupuestos estrictamente constitucionales, respetando el estatus de protección de los derechos fundamentales, y recogiendo el acervo de la cultura de los derechos constitucionales de las últimas cuatro décadas en España, y debe huir de ser una suerte de catálogo de actuaciones procesal-penales de inspiración burocrática.

Entre los argumentos esgrimidos comúnmente a favor de la reforma, y recogidos en buena medida en la larga EM del Anteproyecto, se encuentran la necesidad de instaurar de forma absoluta el modelo acusatorio, evitar demoras en la administración de justicia, y fortalecer los derechos de defensa, de contradicción y de imparcialidad judicial. Esta última, cuando menos en apariencia, puede quedar empañada, a pesar de los mejores propósitos del juez, cuando es la misma persona quien decide sobre las medidas cautelares acerca de un sospechoso y es, al mismo tiempo, el garante de sus derechos fundamentales.

También el derecho de defensa se robustece en la medida que corresponde al Ministerio Fiscal sostener la acusación, logrando para ello, prueba suficiente para enervar la presunción de

inocencia del investigado, encontrándose en una posición de igualdad con respecto a la defensa de aquél, permaneciendo el juez totalmente ajeno a la controversia entre las partes. El nuevo modelo, en conclusión, se muestra más respetuoso con los derechos fundamentales, combinando esta defensa con el principio de legalidad, unidad de actuación del Ministerio Fiscal y el derecho del Estado a la persecución de los delitos.

La reforma o, como se ha indicado en términos más exactos, la promulgación de una nueva LECr, no es que resulte inexcusable, pero sí conveniente por la mayor eficacia que tendría la dirección de la investigación criminal por parte del fiscal. La razón de fondo que motiva el cambio es la complejidad del fenómeno criminal en la actualidad que, a diferencia del tipo de delincuencia existente cuando se promulgó la vigente LECr, resulta de una mayor sofisticación, tanto tecnológica, como organizativa o territorialmente, y que permite una investigación más eficaz por parte de un órgano especializado, colegiado, versátil y flexible, como es la Fiscalía, que, por parte del juez de instrucción, titular unipersonal del cargo. Como explica la EM del ALECr 2020, el objetivo de la reforma es dotar a la sociedad española de una “justicia penal moderna, ágil y garantista”, intentando conjugar la eficacia y agilidad del proceso penal, con los derechos del justiciable, y de la víctima, interponiendo entre ambos una figura imparcial y ajena completamente a ellas, que ejerza la potestad jurisdiccional, con el objetivo de paliar el lamentable estado de postración en que se encuentra la justicia penal, dotada de escasos recursos, nunca suficientes para la gran litigiosidad que existe en España, y que presenta un considerable grado de dilaciones.

Con mesura terminológica, el Consejo Fiscal reprochó al Gobierno no haber realizado una “completa auditoria del sistema procesal” en orden a recabar la opinión de los principales operadores jurídicos - policías, abogados, procuradores, académicos, jueces, fiscales - para identificar los problemas y eventuales soluciones del sistema, algo que no se ha hecho.⁶²⁴ La idea principal sobre la que se sustenta el ALECr, la atribución de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal, resulta correcta según el citado informe, pero “encuentra serios impedimentos en su articulado”. Por otra parte, al suponer el radical cambio de modelo de sistema procesal penal, no podrá ser valorado en su conjunto hasta que se conozca el contenido de las modificaciones que son precisas en múltiples leyes para poder dar coherencia al ordenamiento procesal penal, tales como el CP, LOPJ, La Ley de Planta y Demarcación Judicial, LOTJ y, de forma particular, la profundísima reforma del EOMF, para adaptarlo al nuevo rol del Ministerio Fiscal, que supondrá, a nivel organizativo, y funcional, un cambio sin precedentes en la institución.

La carencia de suficientes medios personales y materiales de la Administración de Justicia española constituye un problema endémico y, de no resolverse, minará cualquier reforma en que se convierta al Ministerio Fiscal en titular de la investigación penal. La reforma, para su éxito, precisaría de mayores dotaciones presupuestarias y sistemas organizativos más ágiles, de los órganos auxiliares de la Administración de Justicia, como médicos forenses o unidades de Policía Judicial, así como establecer la dependencia funcional y orgánica de dichas unidades del Ministerio Fiscal, a fin de agilizar la investigación de una manera más intensa. A

⁶²⁴ En particular, se queja el Consejo de que “un anteproyecto legal de tamaño repercusión para el Ministerio Fiscal no haya contado con el asesoramiento, opinión o parecer previo de esta institución” (<https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n?catRed=36787> acceso en línea al Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, 14 de julio de 2021, pág. 21).

pesar de ello, conviene argüir, siguiendo el razonamiento de DIEZ PICAZO-GIMÉNEZ⁶²⁵, que no resulta posible el aumento indefinido de profesionales -jueces, fiscales, administrativos, policías...- porque ello redundaría en la falta de cualificación técnica de los mismos y, por ello, menor calidad de la Justicia Penal, aunque no parece, precisamente, que se trate de un problema de falta de idoneidad de los futuros profesionales del Derecho, sino de una cuestión eminentemente económica y de voluntad política.

3.3. Precedentes y reformas tendentes al nuevo modelo procesal penal.

3.3.1. Necesidad simplificación justicia penal.

Una de las circunstancias que más llama la atención al joven abogado penalista, o cualquier otro operador jurídico en este ámbito, cuando comienza a ejercer su actividad profesional es la gran complicación penal del proceso español, impresión ésta que no hace sino afianzarse durante su carrera. En otras ramas del Derecho, la complicación procesal puede tener una razón de ser más justificada, piénsese en ámbitos técnicos de especialidades muy desarrolladas, pero en el caso del proceso penal las causas de esta complejidad obedecen, como se ha visto, a un desfasado proceso penal, modificado hasta la extenuación y cuyo manejo resulta sumamente complicado. Para simplificar la justicia⁶²⁶, es decir, según definición del diccionario de la Real Academia Española⁶²⁷, “hacer más sencillo, más fácil o menos complicado algo”, se precisan varios elementos: dar cumplimiento a una serie de exigencias constitucionales, que, aunque GIMENO SENDRÁ enumera en nueve, resultan condensables en torno a las ideas de: acceso libre de la ciudadanía a la administración de justicia sin trabas ni impedimentos, y reformas tendentes a la legibilidad del proceso, su aseguramiento, el cumplimiento de sus fines y la eficacia del sistema.⁶²⁸

Los obstáculos para la simplificación del proceso penal se ubican en la obsoleta concepción del principio de legalidad por parte de la vigente LECr, y por la proliferación de distintos tipos de procesos que generan una evidente inseguridad jurídica.⁶²⁹ Efectivamente, el

⁶²⁵ Esta reflexión, que resulta lógica, aunque también se puede matizar poniéndola en su contexto, es expuesta por PICAZO-GIMÉNEZ, LUIS MARÍA, (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, GIMENO SENDRÁ, JOSÉ VICENTE, MORENO CATENA, VÍCTOR, TORRES DULCE, EDUARDO), Aranzadi, Cizur Menor 2005, *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Navarra 2005, p. 19.

⁶²⁶ La necesidad de desembrollar el proceso penal haciéndolo más ágil y menos engorroso es analizada por GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *La simplificación de la justicia penal y civil*, Agencia Estatal BOE, Madrid 2020, pp. 13-14, proponiendo medidas imprescindibles para que la tutela judicial efectiva pueda adquirir todo su significado. En un texto de hace una década el magistrado del Gabinete técnico del TS, DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La investigación del futuro proceso penal”, *op.cit.*, proponía un listado de características que, *lege ferenda*, debería tener el futuro proceso penal español, trazando una serie de líneas maestras al respecto: abogaba por un proceso penal tipo, con la intención de simplificar el complejo panorama actual en que conviven diversos tipos de procesos. En segundo lugar, la incorporación, sin ambages, del modelo adversarial, la potenciación del juicio en detrimento del sumario, la investigación oficial a cargo del Ministerio Fiscal, y finalmente, la introducción del principio de oportunidad reglada.

⁶²⁷ AAVV, *Diccionario de la lengua española*, *op.cit.*

⁶²⁸ Sostiene GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *La simplificación de la justicia penal y civil op.cit.*, p. 16, que la especialización de los juzgados, que atiende a una necesidad realmente existente y que busca una mayor eficacia, puede en ocasiones ser contraproducente desde esta perspectiva, fundamentalmente debido a cuestiones de determinación de la competencia objetiva o adecuación del procedimiento, por lo que la creación de los Tribunales de Instancia podría acabar con el problema ya que las demandas se plantearían ante el Presidente del mismo, que las distribuiría a los correspondientes órganos especializados competentes.

⁶²⁹ Describe sucintamente la tipología de procesos DAMIÁN MORENO, JUAN, *Lecciones introductorias sobre proceso penal*, Univ. autónoma de Madrid, Madrid 2013, pp. 16-17.

art. 100 de la LECr establece que de todo delito nace acción para el castigo del culpable, colocando el centro de atención en el derecho a castigar del Estado el exclusivo fundamento del proceso penal, cuando existen otros intereses constitucionalmente relevantes, tales como el derecho a resarcimiento de la víctima o la resocialización del infractor.

En el sistema procesal penal español vigente coexisten cinco procedimientos; sumario ordinario, abreviado, jurado, delitos leves y proceso de menores, y otros dos especiales; los llamados juicios rápidos y el procedimiento por decreto, siendo el primero profusamente utilizado, y muy escasamente el segundo. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 octubre 2017, (BOE 2 julio 2021) por el que se establece “el mecanismo de cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea”, se ha creado otro nuevo procedimiento de investigación propio de la Fiscalía Europea, cuya instrucción corresponde al Ministerio Fiscal y que se examinará más adelante. Este panorama crea dos órdenes de problemas: inseguridad jurídica, y esfuerzos antieconómicos por parte de los intervinientes en el procedimiento, dedicados a la clasificación del supuesto de hecho al procedimiento correspondiente. De esta notable proliferación de tipos de proceso surge, a su vez, otra de conformidades: dos en el procedimiento sumario, tres en el abreviado, la del jurado, y las “premiadas” del procedimiento por decreto del fiscal y la de los “juicios rápidos”.

Entre las medidas a considerar, a corto plazo, para la simplificación de la justicia penal⁶³⁰, la primera a tomar debería ser la potenciación del principio de oportunidad, con el fin de obtener una mejor reparación a la víctima y una adecuada resocialización del infractor. El ámbito objetivo debería incluir los delitos graves, materializando la respuesta penal por medio de la conformidad, con la consiguiente minoración de la pena mediante el uso de la atenuante cualificada de reparación del daño (art. 21.5 CP), o la suspensión o sustitución de la pena (arts. 80-84 CP). Igualmente, se debería reducir el número de posibles conformidades a sólo dos: la conformidad al inicio de la instrucción, y la negociada con carácter general. De la misma manera que existe una Ley de mediación en el ámbito civil y mercantil -LMACM-, debería publicarse una de mediación penal, que regulase la mediación en este ámbito, con sus propias peculiaridades y permitiese que, una vez llevada a cabo la mediación con éxito, el fiscal y la representación del infractor, negociasen una conformidad a homologar por la autoridad judicial.⁶³¹

La simplificación de la justicia penal pasaría, a medio plazo, por la promulgación de una nueva LECr que debería perseguir como objetivo la rapidez y eficacia de la respuesta penal. Sería conveniente, en aras a conseguir la simplicidad del proceso, que en lo relativo al régimen de intervención del abogado defensor se derogase por el régimen de impugnación devolutiva de todas las resoluciones no exceptuadas (art. 766.1 LECr). Así, en el eventual sistema de fiscal instructor, sería suficiente con que las alegaciones del letrado contra los decretos de éste fueran resueltas por su superior jerárquico y, solo excepcionalmente se permitiese su recurso ante el

⁶³⁰ El autor GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *la simplificación de la justicia penal y civil, op.cit.*, pp. 208-209, en las medidas agilizadoras que propone, pondera por una parte la celeridad del procedimiento, pero sin merma de las garantías del justiciable y de otros intervinientes, pero buscando predominantemente la efectividad y eficacia de aquél.

⁶³¹ Entre las propuestas lanzadas por la FGE en fecha 24 de abril 2020, y titulada “Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia de coronavirus COVID-19, se recoge esta modalidad de negociación entre Ministerio Fiscal e infractor para su posterior homologación por el órgano judicial.

juez de garantías. El papel durante la instrucción, por parte de la víctima, debería ser reforzado, en tanto que ostenta el derecho a la tutela judicial efectiva, y en este mismo sentido, la acción civil debería poder, salvo excepciones, seguir siendo acumulable a la penal. Paralelamente, el instituto de la acusación popular, de configuración legal, debería ser reconfigurado para evitar abusos y desviaciones a los que se presta.

Llegados a este punto, se nos permitirá una reflexión personal en relación a uno de los posibles motivos de la lentitud de la justicia, y se nos perdonará si se observa un sesgo profesional determinado. Sobre este aspecto, además, hemos encontrado información escasamente desarrollada. Se trata de la forma prolija, enmarañada y pesada de redacción de los escritos de los letrados y, sobre todo, de su inusitada longitud. Otro tanto podría decirse de sus exposiciones en las vistas orales, en muchas ocasiones innecesariamente repetitivas y retóricas. Sin duda, entre los motivos de la lentitud de la justicia esta circunstancia tiene algo que ver.⁶³²

3.3.2. Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia.

Siguiendo el hilo de la necesidad de simplicidad y racionalidad del proceso penal, un hito muy relevante que expresa la necesidad de reforma del proceso penal español y, particularmente, lo perentorio de la misma, lo constituye el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros del 15 de diciembre de 2020⁶³³ (en adelante, ALMEP). Este Anteproyecto supone, además, la asunción del paradigma de la justicia restaurativa y su inserción en el proceso judicial, pivotando buena parte de la reforma en los medios adecuados de resolución de conflictos para potenciar las capacidades negociadoras de las partes.

La EM del Anteproyecto reconoce las insuficiencias estructurales que el sistema de Justicia en España padece desde hace décadas,⁶³⁴ y que atribuye, principalmente, no tanto a la falta de recursos, sino a las insatisfactorias respuestas que el Legislador ha ido dando para solucionar el problema. El anteproyecto se concibe para dar satisfacción a la Administración de Justicia entendida, en términos del constitucionalismo moderno, como un servicio público, tal

⁶³² Esta opinión, muy extendida entre los jueces y fiscales, es, sin embargo, muy poco explicitada, aunque parece que se están produciendo algunos movimientos. En este sentido resulta interesante el trabajo del profesor SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, “Brevedad, la pasión de los jueces. A propósito del acuerdo alcanzado el 13 de enero de 2021 por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña y el Colegio de Abogados de Barcelona”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55/2021. Convenimos con el profesor en que las virtudes de la brevedad, la precisión y concisión, son capitales para beneficio de la claridad argumental, de la Justicia, de la sobriedad, y, por supuesto, para su eficiencia y rapidez.

⁶³³ La información concerniente al Consejo referido se puede consultar en (<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx>).

⁶³⁴ Puestos en relación los datos estadísticos del Cuadro de indicadores de la Justicia de la UE 2022, pp. 11-12, (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, Banco Central europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones COM(2022) 234) se observa que el caso de España en cuanto a eficiencia, tiempo necesario para la resolución de los litigios, pendencia, número de actos de comunicación electrónicos, o ratios específicos en función de determinados tipos de asuntos, inversión pública en justicia, normas procedimentales favorables a la digitalización y su utilización, no existe una diferencia sustancial en cuanto a los países de la UE. La diferencia se observa, respecto a la media, tan solo en algunos ítems. Llama la atención en este cuadro general, los bajos puestos de España, junto con Francia, Malta, Dinamarca, e Irlanda, (p. 29) en la ratio de jueces por habitante, o la percepción ciudadana de la falta de independencia judicial (p. 40) junto con Italia, Eslovaquia, Bélgica, Polonia y Croacia. Informe accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_justice_scoreboard_2022.pdf ,

como indica su denominación; un servicio que debe ser eficaz, rápido, eficiente, y cercano para los ciudadanos, ya que “la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible para la paz social”.

A pesar de estas proclamaciones, tantas veces incluidas en las reformas procesales y tantas veces mera retórica, lo más sustancial de la misma se presenta al anunciar que el principio-valor constitucional de participación ha de trasladarse al Servicio Público de Justicia en todos sus órdenes jurisdiccionales⁶³⁵, particularmente cuando dicho principio cohonesta con una mayor agilidad y eficacia de la Justicia que se prevé colapsada con la más que previsible avalancha de asuntos judiciales que se producirá cuando finalmente se supere la crisis sanitaria originada por la pandemia del COVID-19⁶³⁶. Es cierto que la jurisdicción penal ha sido menos perjudicada que las demás como consecuencia de la pandemia, ya que debido a la naturaleza de su materia ha venido funcionando, al menos de forma mínima, incluso durante los periodos de mayores restricciones, aunque, por otra parte, se trata de la jurisdicción con un mayor grado de litigiosidad.

El Título I del Anteproyecto introduce una serie de reformas tendentes a implementar mecanismos negociadores propios de la justicia restaurativa.⁶³⁷ El fenómeno más notable del Anteproyecto, en este orden de cosas, es la introducción en el ordenamiento procesal civil y mercantil de los llamados “medios adecuados de solución de controversias”⁶³⁸ (en adelante, MASC), configurándolos como un mecanismo de resolución consensual de conflictos, pero con carácter de requisito de procedibilidad (art. 1.1 y 3 del anteproyecto) y obligatorio para las partes -el intento, cuando menos- y para todo tipo de asunto -salvo casos excepcionales-.

⁶³⁵ No conviene dejarse convencer por las exposiciones de motivos que, muchas veces, callan más de lo que proclaman. El afán de eficacia, eficiencia y rapidez de la Administración de Justicia responde además a una corriente de pensamiento que se ha venido a llamar “gerencialismo”. En términos sencillos se trataría de considerar el Derecho Penal ante todo como un mecanismo de gestión eficiente, sin conexión con los valores que debe representar, según manifiesta SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, op.cit., pp. 74-79. Una crítica en el mismo orden de ideas la expresa en un reciente trabajo, PÉREZ ESTRADA, MIREN JOSUNE, “La justicia ¿un servicio público?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57/2022. Tras analizar el concepto y las características del servicio público, de índole esencialmente administrativa, plantea las debilidades del paradigma de la justicia, concebida como servicio público, y su posible afectación a la tutela judicial efectiva.

⁶³⁶ Aunque su enfoque es la jurisdicción civil, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, ANA ISABEL, “El impacto de la COVID-19 en la administración de justicia. La necesidad de impulsar la mediación en el ámbito civil”, *Revista de Mediación*, Vol.13, núm. 2/2020, realiza una serie de reflexiones que son válidas a cualquier jurisdicción, incluida la penal, sobre la situación producida por la pandemia en la Administración de Justicia. Una previsión pesimista, pero superada por la realidad, la hacía al respecto IBÁÑEZ GARCÍA, ISAAC, “¿Hasta cuándo el parón judicial?”, *Diario La Ley*, núm. 9624/2020.

⁶³⁷ La propia EM la introduce con la pretenciosa frase “máxima de la Ilustración y del proceso codificador; que antes de entrar en el templo de la justicia se ha de pasar por el templo de la concordia” porque “la justicia no es únicamente la administración de justicia contenciosa” (considerando II EM) y ello, fundamentalmente, ante la falta de implementación suficiente de la LMACM, pues los asuntos de naturaleza concursal, laboral y penal, entre otros, quedan excluidos.

⁶³⁸ De acuerdo con el art. 1.1 ALMEP se entiende por “medios adecuados de resolución de controversias” (en adelante, MASC) “cualquier tipo de actividad negociadora, tipificado en esta u otras leyes o no, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”. Comenta la ALMEP, desde la esfera civil, RUIZ DE LA FUENTE, CONSUELO, “Mediación: ¿Alternativa al proceso o traba de acceso?”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2022, y, aunque se muestra conforme con la idea de desarrollar la mediación en ese ámbito, advierte en su artículo sobre los peligros que puede generar la misma, por lo que propone unos cuantos mecanismos correctores sobre los cuales destaca la idea de huir de la imposición, pero fomentando aquella mediante la persuasión.

Esta obligación a acceder a la justicia negociada⁶³⁹, que podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su formulación de derecho de acceso a la jurisdicción, ha sido estudiada por el informe del CGPJ de fecha 22 julio 2021, a la luz de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE), así como a menciones de derecho comparado europeo⁶⁴⁰ y referencias al español, mostrándose especialmente cauteloso con la opción del prelegislador, considerando que se debería haber procedido de forma más gradual, optando por un modelo de obligatoriedad mitigada (del tipo al diseñado por el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de 2019) y que no comprendiese todo tipo de asuntos sino sólo los más idóneos para ser negociados. En este sentido, y aunque en referencia a la obligatoriedad de la mediación civil, el CGPJ, en su reunión del día 28 de marzo de 2019, en la que se aprobó el informe sobre el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, expresaba su reticencia a tal carácter.⁶⁴¹ El Título II aborda las reformas procesales debidas al Anteproyecto.⁶⁴²

⁶³⁹ Conviene señalar que el anteproyecto opta por un sistema abierto al no obligar a los intervinientes a seguir un procedimiento determinado, sino permitiéndoles elegir entre modalidades previstas legalmente, o, incluso, la negociación de hecho practicada directamente o mediante letrados.

⁶⁴⁰ En el derecho comparado existen diversos mecanismos para el fomento de las soluciones negociadas de los litigios, que tienen como denominador común buscar la descongestión de los juzgados. Algunas de ellas son expuestas por TRIGO SIERRA, EDUARDO, MOYA FERNÁNDEZ, ANTONIO, “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto Ley 5/2012”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32/2012, tales como la incidencia que el rechazo de un acuerdo de mediación puede tener, posteriormente, en las costas, impuestas a la parte que rechazó el pacto que coincide después con la resolución judicial (caso de Italia), reducción importante de tasas judiciales para quienes optan por la mediación (caso de Bulgaria) o exenciones de aquellas a los acuerdos logrados por mediación (Italia), uso como prueba negativa en proceso posterior para quien se ha negado injustificadamente a un acuerdo (Italia), mediación obligatoria anterior al proceso judicial (Italia, Rumanía, Bulgaria), o, finalmente, creación de organismos para la solución de conflictos (Bulgaria y Rumanía). Un análisis del régimen italiano la efectúa PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista del análisis del Derecho*, núm. 2/2019, que aborda también la obligatoriedad desde el punto de vista del TJUE. Este tribunal ha facultado a los estados para que puedan proceder con tal obligación (aunque éstos tienen autonomía para la configuración procesal en su territorio). Sobre la misma cuestión, y con una visión también crítica, se ocupa PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER, “Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la mediación en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia”, AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO CALVO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa, op.cit.*, Cap. 6, punto 4.1.

⁶⁴¹ En efecto, el CGPJ expresó que “la mediación obligatoria no es desconocida en los países de nuestro entorno. En Italia, cuyo sistema se utiliza como paradigma de este modelo de autocomposición, dados sus resultados, se prevé para determinadas categorías de asuntos, y con un determinado alcance. También en Hungría y Croacia es obligatoria para ciertos asuntos de Derecho de familia, lo mismo que en Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y Gales. En la República Checa, por su parte, se contempla la derivación judicial obligatoria a las sesiones informativas.” (Acceso electrónico <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222>). En efecto, según jurisprudencia constitucional citada por RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial, op.cit.*, pp. 34-35, el establecimiento de ciertas condiciones legales, en forma de requisitos materiales o formales, para el acceso a la jurisdicción no es incompatible con este derecho. Entre las sentencias más significativas al respecto, los autores citan la STC 62/1997, de 7 de abril, FJ 2º (ES:TC:1997:62), o la STC 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2º (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2001). MAGRO SERVET, VICENTE, “La ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el coronavirus”, *Diario La Ley*, núm. 9618/2020, considera, al respecto, que la sentencia del TJUE, de 14 de junio de 2017, (ECLI:EU:C:2017:457), es un “aval” a dicha obligatoriedad. La sentencia citada tenía por objeto resolver (entre otras) una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, en relación, precisamente, con la mediación obligatoria y su compatibilidad con la Directiva 2013/11. El Tribunal estableció que no existía dicha incompatibilidad a la luz del Derecho Europeo. El choque entre los principios de tutela judicial efectiva y otros principios conformadores de las garantías procesales con la mediación obligatoria es analizado por PEITEADO MARISCAL, PILAR, “Consideraciones sobre la relación entre la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, *Revista Estudios Deusto*, núm. 2/2018, llegando a la conclusión de que si la mediación obligatoria no supone perjuicios reales y es renunciable con facilidad no conlleva vulneración alguna de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, la parte negativa de la obligación vendría dada, razona, por su intromisión en el principio de autonomía de la voluntad cuyos límites resultan muy procelosos en ciertos supuestos. Por otra parte, justificar su imposición en la descongestión del aparato judicial no parece muy correcto a la autora, que considera que es obligación del Estado proveer el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia o, en su caso, subvenir la eficacia de los medios alternativos de conflictos. PEITEADO evoca el antiguo trámite civil de conciliación previa, que participaba del mismo espíritu de la nueva obligación, y que se mostró un trámite burocrático tan entorpecedor e inútil que terminó siendo derogado. Su última, e

La modificación que el anteproyecto efectúa en la LECr resulta muy puntual por cuanto se encuentra supeditada a la promulgación del ALECr 2020, y tiene por objetivo únicamente agilizar los procedimientos existentes, modificando, para ello, diez artículos, y añadiendo otro (el 988 bis) y una Disposición Adicional (8ª). Es el art. 16 del Anteproyecto, estructurado en varios apartados, el que modifica la LECr.⁶⁴³

El anteproyecto modifica también los art. 512 y 514 LECr, que regulan la búsqueda del presunto reo por medio de requisitorias y su publicación en los boletines Oficial de Estado y de la Comunidad Autónoma, liberando de esta última obligación, que, en realidad, añade poca garantía para averiguación de paradero, y supone un trámite con efecto dilatorio. Se modifica, igualmente, el art. 643, que regula el llamamiento por edictos a los interesados en el ejercicio de la acción penal que se encuentren en paradero desconocido, prescindiéndose, en esta ocasión, de la publicación en los periódicos de la localidad o en los de la capital de provincia, con potestad para ser publicados también en la Gaceta de Madrid, y sustituyéndose por la mera publicación en el Tablón Edictal Judicial Único, cuya justificación de remisión deberá constar (art. 514).

La modificación de los artículos en la LECr introduce dos nuevos elementos; el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) y el llamado Tablón Edictal Judicial Único. El régimen de publicidad de la requisitoria, que en cuanto a sus requisitos no se modifica (art. 513 LECr), se moderniza pues, con su envío al SIRAJ y posterior publicación en el Tablón Edictal Judicial único. El SIRAJ se encuentra regulado por el Real Decreto 25/2009, de 6 de febrero, con ámbito de actuación nacional y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Uno de los órganos que forman parte del sistema de información único es el Registro Central de Medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes. El SIRAJ es una herramienta, de carácter no público, usada por los órganos judiciales, Ministerio Fiscal, y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y otros órganos administrativos, que se ha mostrado muy eficaz, por lo que su introducción en lo referente a la gestión de las requisitorias resulta positiva. La publicidad de las requisitorias, por medio del Tablón Edictal Judicial único, resulta también mucho más eficaz, más garantista y adecuado a los tiempos de la sociedad de la información actual.

La modificación del art. 512 LECr se extiende también al art. 634 LECr, de forma que el llamamiento a los eventuales perjudicados para el ejercicio de la acción penal en paradero desconocido, se efectuará también por medio del Tablero Edictal Judicial Único⁶⁴⁴, una medida

interesante, conclusión versa sobre los peligros de este instituto cuando existe un desequilibrio evidente entre las partes y la problemática a que puede dar lugar. Sobre la mediación obligatoria en Italia CAVUOTO, ENNIO, “La nueva mediación obligatoria en Italia” AAVV, IGLESIAS CANLE, INÉS, BONORINO RAMÍREZ, PABLO RAÚL, *Mediación, justicia y Unión Europea*, *op.cit.*, pp. 299-308.

⁶⁴² De acuerdo con el anteproyecto, se reformarán las siguientes leyes: LECr, LJCA, LEC, LECr, ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia, ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y LMACM.

⁶⁴³ Fórmula ésta criticada por el Informe del CGPJ de 22 julio 2021, como técnica legislativa incorrecta, por entender que se debería haber efectuado por medio de las Disposiciones finales.

⁶⁴⁴ Procede hacer una breve mención al Tablero Edictal Único (TEU): se trata un sistema de notificaciones electrónico que forma parte del BOE, que aparece mencionado en el art. 236.1 LOPJ (reformada pro LO 4/2018, de 28 de diciembre) señalando que “la publicidad de los edictos se realizará a través del Tablón Edictal Judicial Único, en la forma en que se disponga reglamentariamente”. Su finalidad es la plena informatización y unificación de la publicación de resoluciones y comunicaciones judiciales (Ley 3/2020, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia). Recientemente (RD 327/2021, de 11 de mayo) se ha adaptado el BOE para introducir en él el

modernizadora que facilita la información del interesado respecto al sistema anterior de publicación en el BOE.

El anteproyecto modifica también el art. 776 LECr, buscando el propósito de agilizar el ofrecimiento de acciones a los perjudicados. Para ello, introduce una previsión que trata de evitar reduplicación de trámites, considerando que cuando la información relativa a los arts. 109 y 110 LECr, así como los tocantes a los derechos de las víctimas, hubiese sido ya suministrada por la Policía Judicial, no resulta preciso que vuelva a efectuar el ofrecimiento de acciones el letrado de la Administración de Justicia, bastando con que identifique al ofendido el número de procedimiento y juzgado tramitador. El apartado segundo del artículo añade a los medios ordinarios de notificación los incluidos en el art. 162 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, LEC, “cuando se trate de personas obligadas a su utilización o que hubieren optado por estos”. Se refiere el artículo a los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares. Es muy improbable, no obstante, que exista un número significativo de perjudicados que resulten obligados a enviar o recibir comunicaciones judiciales por vía electrónica o que hayan optado por esta modalidad, tratándose más bien de una técnica prevista para los operadores jurídicos, que para la ciudadanía en general. No se puede obviar, además, el muy defectuoso funcionamiento del sistema y las dudas sobre su constitucionalidad que ha generado.⁶⁴⁵

La intención de evitar reiteraciones debe ser considerada beneficiosa, puesto que evita desplazamientos, gastos y molestias a los perjudicados, y redunda en descargar de trámites burocráticos a los juzgados. De esta manera, si la Policía Judicial, ya hubiese informado al respecto, el Letrado de la Administración de Justicia tan solo tendría que suministrar al ofendido/perjudicado el número de procedimiento y juzgado donde se va a sustanciar el procedimiento.⁶⁴⁶

suplemento de este TEU. Es el letrado de la Administración de Justicia la persona responsable de introducir -usando para ello sistemas de acreditación electrónica previstos en el Real Decreto mencionado- los concretos actos procesales. Los derechos de privacidad de los interesados se protegen por medio de mecanismos técnicos según prevé el RD 327/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial "Boletín Oficial del Estado", para adaptarlo al Tablón Edictal Judicial Único. La informatización de la Justicia es una necesidad recogida entre las decisiones adoptadas por el Octavo Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Habana, 27 agosto – 7 septiembre 1990 (decisión A.3 informatización de la justicia penal), que, citando resoluciones anteriores en el mismo sentido, recalca que la informatización de la administración de la justicia penal es un mecanismo auxiliar importante para una gestión eficiente y humana de la justicia penal con la condición de que se tengan en cuenta la protección de la vida privada, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (...) Además, la informatización permitiría, según este instrumento internacional, la producción de una información estadística sumamente relevante para los gobiernos y la comunidad internacional, tanto para detectar tendencias de la criminalidad, como para analizar el funcionamiento de los sistemas de justicia penal.

⁶⁴⁵ El auto del Pleno del TC 113/2020, de 22 de septiembre 2020, trata esta materia en relación con una cuestión de inconstitucionalidad (BOE, 2 de noviembre de 2020) que versaba sobre el art. 162.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al entrar a estudiar el sistema de las comunicaciones judiciales telemáticas en el sentido que le había dado la Ley 42/2015, de 5 de octubre. El TC acordó inadmitir a trámite aquella, entendiéndose que el sistema de comunicaciones telemáticas entre partes, o destinatarios, no vulnera los arts. 24.1, 40.2 y 43.1 CE. Los medios electrónicos, dice el auto citando la STC 55/2019, de 6 de mayo, “en ningún caso pueden erigirse en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial”: sin embargo, del análisis de la resolución del TC se desprende que la excepción que prevé el apartado segundo del citado art. 162 LEC, salva la posible vulneración a la tutela judicial efectiva, por lo que de forma más extensa, el sistema introducido sobre la comunicación de los actos judiciales por vía electrónica resulta constitucional. Personalmente, cabe discrepar de dicha solución, toda vez que presupone un correcto funcionamiento de los medios electrónicos de la Administración de Justicia, lo cual es mucho suponer, y, por otro lado, deja al perjudicado en la difícil tesitura de probar un fallo técnico informático siempre de difícil verificación.

⁶⁴⁶ El informe del CGPJ sobre el ALMEP apunta la incoherencia de éste, ya que informar al interesado del número y juzgado del procedimiento, en ausencia de explicación sobre cómo debe llevarse a cabo la gestión, supone la comparecencia de aquél en el juzgado y la intervención del Letrado de la Administración de Justicia para ello. Por consiguiente, no se evitaría la reduplicación que el Anteproyecto pretende soslayar. Cabría solucionar este inconveniente, recogiendo la mención del medio del que se tendría que valer el letrado de la Administración de Justicia. Para tal cometido, sugiere el informe, bien podría la Policía Judicial ofrecer al

Centrándonos ya en el las formas de justicia restaurativa previstas en el ALMEP,⁶⁴⁷ la modificación del art. 655 LECr regula la conformidad tras el traslado de la calificación de las partes acusadoras al procesado, e introduce la posibilidad de una corroboración periférica al mero reconocimiento de hechos por parte del acusado que resulta muy positiva.⁶⁴⁸ Por otra parte, el hecho de que el límite penológico actual se centra en seis años para la pena privativa de libertad (art. 787 LECr) hace que no sean muy abundantes las conformidades conseguidas en el procedimiento ordinario -aunque, como se ha indicado también se efectúen bajo subterfugios-La supresión de este límite, prevista en el anteproyecto, aumentará, previsiblemente, las posibilidades de conformidades para el procedimiento ordinario.

El informe del CGPJ interesa, al respecto, que se introduzca una previsión como la contenida en el art. 785.4 LECr, por la que el fiscal deba oír previamente a la conformidad a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la casusa, si se estima procedente⁶⁴⁹, toda vez que el procedimiento ordinario es de aplicación a delitos penados con más de 9 años de prisión, por lo que la razón de ser de la anterior disposición queda aun más justificada.

La modificación del art. 688 LECr que propone el ALMEP consiste en la supresión de la frase “si la causa que haya de verse fuese por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional”⁶⁵⁰ que, como indicaba la EM, pretendía anular el límite penológico de seis años actualmente vigente como prohibitivo de la conformidad. Lo dispuesto en los arts. 785, 786, 787 y 802 LECr, en consonancia con el propósito de la reforma de potenciar modalidades de justicia negociada, experimenta una profunda reforma; se prevé así una audiencia en que se citará al Ministerio Fiscal, las partes y al acusado, con el objeto de admisión de prueba y planteamiento de cuestiones sobre nulidades o que condicionasen la suspensión del juicio⁶⁵¹, pero también con el fin de conseguir una eventual conformidad.⁶⁵²

ofendido la posibilidad de optar por relacionarse con la Administración de Justicia por los medios a que hace referencia el art. 162 LEC (medios electrónicos, informáticos y similares).

⁶⁴⁷ Estudia la misma, LUACES GUTIÉRREZ, ANA ISABEL, “La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos, op.cit.*, pp. 289-302.

⁶⁴⁸ De esta forma “(...) cuando la pena pactada sea superior a cinco años de prisión, se acompañará a la calificación una justificación de la existencia de indicios racionales de criminalidad distintos al mero reconocimiento de hechos por parte de la persona investigada. Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.”

⁶⁴⁹ El artículo mencionado explica las razones para la exigir la audiencia: “para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.”

⁶⁵⁰ Una denominación obsoleta.

⁶⁵¹ Las suspensiones de las vistas orales se han llegado a convertir en una plaga. Causan una pésima imagen de la Administración de Justicia y un sinfín de perjuicios a los ciudadanos. La cuestión es tratada por GARCÍA DURÁN, SONIA, HERNÁNDEZ OLIVEROS, JUAN CARLOS, “Causas de suspensión de juicios penales. Usos y abusos en la práctica judicial”, *Diario La Ley*, núms. 10048/2022 y 10049/2022.

⁶⁵² Así en el Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía española, el 1 de abril de 2009, se prevé, en el contexto del procedimiento abreviado y del Juzgado de Instrucción, el más apto para ser susceptible del contenido de aquél, en su art. 5.1.1.” 1.1.- “Con carácter previo al periodo intermedio (antes del

Resulta particularmente interesante la modificación de los arts. 655, 688 y 687 LECr, al suprimir el límite penológico de seis años para poder efectuar conformidades, adelantándose así a lo previsto en el ALECr 2020, y ofreciendo, de esa forma, cobertura legal a una práctica que, como se ha indicado, viene llevándose a cabo, bajo subterfugios, asiduamente en los tribunales. El art. 785 LECr configura una comparecencia preceptiva entre el Ministerio Fiscal y las partes tan pronto las actuaciones se encuentren a disposición del órgano de enjuiciamiento. Supone una innovación procesal muy importante, importada del ámbito civil, donde un trámite similar con un contenido parcialmente paralelo, rige en ese proceso. En la jurisdicción penal ha tenido su introducción muy recientemente con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, regulándose una comparecencia a los efectos de resolver la impugnación de la acusación formulada en el escrito de defensa⁶⁵³, e igualmente se encuentra prevista en el ALECr 2020, aunque no exactamente con el mismo contenido que en este anteproyecto. La razón de la introducción de tal comparecencia es fundamentalmente el fomento de las conformidades y la simplificación de sus trámites.

Ahora bien, procede hacer antes de continuar, una reflexión: no cabe duda de que la celebración de dicha comparecencia, por cuanto supone un trámite inexistente con anterioridad y que exige gestiones de la oficina judicial y del juzgado o tribunal, supondrá una nueva carga de trabajo y si su resultado no es satisfactorio, circunstancia imprevisible, una reduplicación de esfuerzos. En caso de éxito y consiguiente conformidad, el proceso terminaría anticipadamente con los efectos beneficiosos que busca el Anteproyecto, pero, en caso contrario, habría una sucesión de actos judiciales: uno en que, efectivamente se resolverían ciertas cuestiones enumeradas en el art. 785.1 LECr, quedando el juicio oral preparado para su celebración, pero sin conformidad, y otro la vista oral donde antes, en un único acto, se resolvían las cuestiones previas y se celebraba la vista contradictoria, es decir, dos actuaciones en lugar de una.

Auto de transformación a Procedimiento Abreviado): una vez llegado a un acuerdo de conformidad, se interesará del Juez Instructor la acomodación del procedimiento, a los efectos de poder presentar escrito de calificación provisional conjunta de conformidad consensuado entre el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado. Todo ello sin perjuicio de que en los casos que proceda, se pueda tramitar dicha conformidad como Procedimiento Urgente según lo dispuesto en el art. 799.1, 5ª LECr. 1.2. Después de evacuado el trámite de calificación y antes del señalamiento del Juicio Oral: nuevo escrito de calificación provisional conjunta de conformidad que habrán de consensuar el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado”. El diseño de la conformidad en el ALMEP es criticado por LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA, “La conformidad *low cost* que prevé el anteproyecto de ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia, así como el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su eficientismo procesal”, *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Zuzenbide Prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, núm. 2/2021. El mismo término inglés, por cierto, que utiliza FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, “El *plea bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20/2018, para analizar críticamente la institución, en particular, la posibilidad cierta de condenar a inocentes, poniéndola en paralelo con la situación en los EEUU, y preconizando la “producción en cadena de justicia”, una especie de perverso contrato de adhesión donde, realmente, no existe negociación alguna.

⁶⁵³ Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Establece su artículo 122. “Audiencia preliminar.1. La audiencia preliminar se celebrará con presencia de todas las partes y en unidad de acto. La celebración de la audiencia preliminar no se suspenderá por la inasistencia de la persona acusada que haya sido debidamente citada ni tampoco por la incomparecencia injustificada de las demás partes. Las acusaciones particulares que dejen de comparecer sin alegar justa causa serán tenidas por desistidas del ejercicio de la acción y apartadas del procedimiento. 2. Practicadas en su caso las diligencias solicitadas, el Juez de garantías oír a todas las partes sobre el fundamento de la impugnación pudiendo, en cualquier momento, formularles las preguntas y solicitarles las aclaraciones que considere necesarias. En todo caso, podrá examinar por sí mismo el procedimiento de investigación. 3. En los diez días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el juez dictará auto acordando lo que corresponda. Cuando se hayan formulado diversos motivos de impugnación se resolverán todos ellos en la misma resolución.”

La comparecencia se celebrará ante el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 785.1 LECr) tan pronto tenga a su disposición las actuaciones. El apartado enumera las cuestiones que se dilucidarán en la misma; competencia, vulneración de algún derecho fundamental, artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión de la vista o de nulidad, así como sobre las pruebas propuestas, incorporación de documentos o propuesta de otras nuevas. La mención a la posibilidad de plantear la nulidad de las pruebas, y su declaración de pertinencia, o la necesidad de práctica de prueba anticipada, resultan novedosas. Sobre estas cuestiones el juez resolverá en el propio acto de forma oral o, si su complejidad exige estudio posterior, por escrito en el plazo de 10 días, sin posibilidad de recurso, salvo vía la apelación a la sentencia o, en caso de agotar el procedimiento, de apelación según el art. 790 LECr.⁶⁵⁴

La celebración de la vista requiere obligatoriamente la presencia del acusado y su letrado (art. 785.2 LECr) aunque en el caso de ausencia injustificada, y si la pena privativa de libertad solicitada no excede de dos años, se podrá celebrar en su ausencia. La razón más importante, no obstante, de la reforma se descubre en los apartados 4 a 11 del artículo: la posible conformidad en dicho trámite, dictando el juez sentencia de conformidad tras la verificación de una serie de requisitos enumerados en aquél. El apartado cuarto exige, en concreto, dos: en el caso de pena superior a cinco años de privación de libertad, justificación de la existencia de indicios racionales de criminalidad distintos al mero reconocimiento de los hechos por parte de la persona investigada, algo similar a lo previsto en el art. 655 del Anteproyecto, siendo el segundo requisito una proyección de los derechos de las víctimas en el proceso penal ya que el Ministerio Fiscal escuchará previamente a efectuar la conformidad a la víctima o perjudicado. A pesar de su carácter potestativo, ya que la diligencia se practicará solo si el fiscal lo considera necesario para ponderar el alcance y efectos de la conformidad, supone un avance en los derechos de la víctima. No obstante, sí vendrá obligado a escucharla cuando se trate de supuestos graves o cuando las víctimas sean especialmente vulnerables. Resultaría conveniente que, dada la trascendencia de este trámite, se estableciese la obligación de que el juez o tribunal constatasen que, efectivamente, se ha llevado a cabo por el fiscal, e igualmente se previese de qué manera ha de practicarse la misma. En el mismo sentido, resultaría también beneficioso que el letrado apurase toda la información sobre el acuerdo conseguido y sus consecuencias de toda índole para el reo, suministrándosela a éste por escrito. Dicha previsión redundaría en aumentar las garantías de la conformidad.

El juez o tribunal deberán examinar la corrección de la calificación y la pena, y si la considerase incorrecta instará a su modificación; de no llevarse ésta a cabo, ordenará la celebración del juicio. El juez deberá cerciorarse de que la conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento informado sobre sus consecuencias; si tuviere dudas de ello ordenará la continuación del juicio (apartados 5, 6 y 7). El apartado 9 de este artículo recoge el dictado de la sentencia de conformidad, que se hará oralmente y se documentará posteriormente, pudiendo ser declarada firme si las partes manifiestan su intención de no recurrir. Desde el punto de vista de la economía procesal, la resolución en el acto de los aplazamientos de las

⁶⁵⁴ En el régimen vigente de la LECr establece el art 785.1 que, recibidas las actuaciones en el órgano de enjuiciamiento éste examinará la prueba propuesta e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás (...) El siguiente artículo 786.2 recoge, en relación a la forma de celebración del juicio y qué cuestiones se plantean inicialmente “(...) así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto”, sobre las que resolverá inmediatamente el juez o tribunal. Dada la importancia de la cuestión, cree el CGPJ, sería conveniente que, en el sistema diseñado por el anteproyecto, previese una disposición similar al efecto de que se pudiera volver a intentar practicar la prueba denegada inicialmente.

responsabilidades pecuniarias, requerimientos y liquidaciones de condena, resultan también positivas. No obstante, en muchas ocasiones son trámites que requieren cotejos y consultas que no se pueden realizar en la sala de vistas, por lo que la efectividad de la previsión es dudosa.

La previsión incluida en el último párrafo del apartado cuarto⁶⁵⁵ resulta chocante, puesto que contradice lo previsto en el ALECr 2020 en trámite parlamentario y que no contempla la posibilidad de conformidades singulares,⁶⁵⁶ que actualmente resultan posibles (arts. 696, 697 LECr) pero sospechosas, y que causan desconfianza a la jurisprudencia constitucional.⁶⁵⁷

El apartado 10 del artículo regula, finalmente, la posibilidad de recurso de la sentencia de conformidad, que solo puede versar sobre la no observancia en aquella de los requisitos formales, materiales y subjetivos o términos de la conformidad, no siendo recurribles las razones de fondo, puesto que éstas ya han sido transigidas libremente. La jurisprudencia del TS ha negado el acceso casacional a tal motivo primando, en aplicación de la doctrina de los actos propios, la seguridad jurídica y la evitación de eventuales fraudes.⁶⁵⁸ Finalmente, el apartado 11, hace referencia al supuesto de que el acusado sea una persona jurídica.⁶⁵⁹

El art. 786 LECr continúa con la regulación de la audiencia para el supuesto de que no hubiera conformidad de las partes. En tal caso el letrado de la Administración de Justicia fijará la citación para la vista oral, concertando la misma con las partes para evitar coincidencia con otros señalamientos u otras causas obstativas. La disposición prevé una pauta de coordinación importante que tiene carácter de inmediatez, y en cierto modo positiviza una práctica habitual en los juzgados cuando, sobre todo en las suspensiones de juicios, se pregunta a los letrados sobre la fecha idónea para un nuevo señalamiento en función de sus agendas. El artículo enumera, además, una serie de criterios objetivos a tener en cuenta para la elección de la fecha: la prisión del acusado, o el aseguramiento del mismo para su comparecencia, medidas cautelares adoptadas, prioridad de otras causas o la complejidad del asunto o cualquiera otra modificativa, tras el estudio del asunto. Dichas previsiones vienen a aportar criterios objetivos y racionalizadores en el momento de conformar la agenda de señalamientos y resulta, por tanto, muy positiva frente a las prácticas más o menos improvisadas que se llevan a efecto. La víctima, en caso de que lo haya solicitado, será informada de “la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor.”

El art. 787 LECr del Anteproyecto toma la base del actual 786 LECr, artículo que regula la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del encausado. Esta posibilidad, aunque, plenamente constitucional, pues la condena *in absentia* así ha sido declarada como tal por el TC,

⁶⁵⁵ Dicho apartado dice, “para el caso de que la conformidad se hubiera alcanzado solo por alguno o algunos de los acusados, se dictará sentencia respecto de ellos, continuándose el procedimiento en relación con el resto de los acusados.”

⁶⁵⁶ El ALECr 2020 prevé la conclusión del proceso penal por conformidad en el caso de que se ésta efectúe por todas las partes, según establece su art. 167, que en su segundo párrafo contempla la única excepción de dictarse sentencia de conformidad para quienes presten su consentimiento cuando solo queden fuera de éste personas jurídicas.

⁶⁵⁷ STC 14 febrero 2005 (ES:TC:2005:25), 28 julio 2008 (ECLI: ES:TC:2008:102), 9 diciembre 2002 (ES:TC:2002:233).

⁶⁵⁸ SSTS 483/2013, de 12 de junio, (ES:TS:2013:3149), y 752/2014, de 11 de noviembre, (ES:TS:2014:4737).

⁶⁵⁹ En tal caso es posible igualmente la conformidad que (...) “podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.”

ha de ser tratada con suma cautela. La presencia del encausado, en el acto de juicio, ha sido identificada como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), ya que solo aquélla garantiza de forma absoluta la posibilidad de que despliegue en plenitud su derecho de defensa en todas las manifestaciones que éste puede tener durante el desarrollo de la vista. Es el momento decisivo del proceso penal, en el que los principios de inmediación, publicidad, defensa, y contradicción obran con todo su vigor. Por ello, el ordenamiento procesal penal ha previsto la doble garantía del límite punitivo fijado en el art. 786 LECr; es decir, cuando “la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad”⁶⁶⁰ o, “si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años” y de la posibilidad de poder subsanar el defecto de la incomparecencia cuando ésta ha resultado improcedente por la vía contemplada en el art. 793.2 LECr.

En el régimen vigente, el apartado primero del mencionado art. 786 LECr, contempla la posibilidad de la continuación del juicio en el caso de incomparecencia ilegítima de alguno de los encausados, si hubiere varios, con respecto a los demás. La decisión de celebración parcial, cuando no media declaración de rebeldía, se torna complicada y normalmente es rechazada por los jueces, por cuanto romper la unidad de acto y enjuiciar varias conductas, normalmente íntimamente relacionadas, de forma independiente puede dar lugar al quebrantamiento de forma previsto en el art. 850.5 LECr. De otro lado, la ausencia injustificada permite la continuación del juicio a instancias del Ministerio Fiscal o parte acusadora, oída la defensa, “cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.”

El art. 787.1 a) del ALMEP mantiene la anterior regulación.⁶⁶¹ La declaración del artículo presenta dificultades de interpretación cuando existen varios encausados en el mismo procedimiento. La jurisprudencia⁶⁶² se ha manifestado con diversidad de criterios, considerando algunas audiencias que las penas han de ser consideradas por separado, tomándose en cuenta la más grave de ellas, mientras que otras han entendido que el límite punitivo lo constituyen la suma de todas las penas. El ALMEP soluciona estas discrepancias jurisprudenciales al establecer el art. 787.1 b) que, “en todo caso, tratándose de penas privativas de libertad, la suma total de las penas solicitadas no exceda de cinco años”, optando, por tanto, por una interpretación muy estricta que puede propiciar la no celebración de abundantes juicios. La modificación que el ALMEP realiza sobre el art. 802 LECr⁶⁶³ no tiene otro alcance que el de

⁶⁶⁰ Anteriormente a la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, un año.

⁶⁶¹ Efectivamente, el art. 787.1 a) ALMEP fija el mismo límite penológico: “que la pena más grave solicitada no exceda de dos años de privación de libertad, que no exceda de seis años si se trata de pena de distinta naturaleza (...)” introduciendo a continuación la mención particular a las penas de multa, “ (...) o que se trate de pena de multa cualquiera que sea su cuantía o duración”.

⁶⁶² La STS 971/1998, de 27 de junio, (ECLI:ES:TS:2022:971) es frecuentemente citada por otras para referirse al régimen de las conformidades parciales en España, habiendo sentado la doctrina más extendida. Se precisa la unanimidad de todos los coacusados para dictar conformidad en los términos del art. 655 LECr. Si solo fuere uno o alguno de ellos, las conclusiones a que llegue el Tribunal serán las que se deriven de la práctica de la prueba que comprenderá a todos los acusados, conformados o no, y acarreará la celebración obligatoria de la vista oral con todos ellos (excepción de delitos conexos que permitan su enjuiciamiento separado. Otras sentencias, particularmente el ámbito de las Audiencias provinciales (Lleida, Secc. 1ª, núm. 142/2004, de 23 de marzo de 2004; Guadalajara Secc.1ª, núm. 18/2007, de 13 de abril de 2007 y, Badajoz, Secc. 1ª, núm. 38/2009, de 5 de marzo de 2009) han maniobrado para eludir la prohibición en casos de delitos conexos (así lo reconoce también la STS 985/2011, de 28 de septiembre de 2018 VLEX327819395), según expone LOZANO EIROA, MARTA, “Conformidad y pluralidad de acusados”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 10/2012.

⁶⁶³ Desarrollo del juicio oral y dictado de sentencia.

añadir la introducción de la nueva comparecencia de su art. 785 LECr, permaneciendo el resto del texto inalterado.

Sin embargo, la introducción del nuevo art. 988bis LECr, en el ALMEP, supone un intento por clarificar la fase de ejecución de sentencia, escasamente regulada en la LECr según la EM del Anteproyecto⁶⁶⁴, diseñando un momento inicial en el que se perfila y se encauza la ejecución para facilitar los posteriores trámites. Según sostiene la EM de la ALMEP, ésta no pretende una regulación completa de la fase de ejecución, pero sí “evitar la dispersión de trámites y resoluciones centrándolos en un solo momento inicial, de tal forma que, desde ese primer momento, la ejecución quede encauzada a la espera del cumplimiento de las penas y demás pronunciamientos de la sentencia”.

La ejecutoria comenzará con un escrito del órgano de enjuiciamiento conteniendo diversas cuestiones a las que los condenados tendrán que dar respuesta, en concreto, acreditación para fundamentar la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80 CP), forma en qué satisfará, en su caso, las responsabilidades pecuniarias o solicitud de cómo hacerlo, o cualquier otra solicitud sobre forma de cumplimiento (art. 988 bis 1 LECr).

Las circunstancias aludidas serán verificadas por el juez o tribunal para comprobar el cumplimiento de los requisitos de la suspensión y resto de las peticiones, y posteriormente, el Ministerio Fiscal y partes acusadoras realizarán alegaciones en el plazo de 10 días, con posterior dictado de auto por el juez o tribunal (art. 988bis 2 LECr). Este trámite puede ser sustituido por una vista, a criterio del juez o tribunal, con el mismo efecto (art. 988 bis 3 LECr). Se trata, esta última, de una alternativa que podría enriquecer los elementos de juicio necesarios para tomar la decisión, redundando en una mayor inmediación y contradicción de las partes, pero con el inconveniente de que saturaría todavía más las agendas de los órganos de ejecución penal caracterizados por su saturación laboral.

Sin embargo, el apartado nada dice acerca de qué ocurriría en el caso de incomparecencia de alguna parte, ni tampoco contempla la participación de la víctima. En el artículo, en efecto, no se alude a la víctima no personada, y, por tanto, no se le atribuye ninguna participación, siendo preceptivo, según el art. 80.6 CP, para el caso de delitos perseguibles solo a instancia de parte para la suspensión de la pena, y desoyendo el régimen para la víctima establecido en su Estatuto (art. 13), que prevé su participación en la fase de ejecución. Por ello, el informe del CGPJ sugiere su introducción en la tramitación parlamentaria del anteproyecto, así como el establecimiento del régimen de recursos para los autos emitidos en esta fase, y una

⁶⁶⁴ El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE incluye como contenido esencial el de la ejecución de las sentencias, la efectividad de éstas. El art. 990 LECr impone al Juez o Tribunal competente “el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptando sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno (...)”, correspondiendo al letrado de la Administración de Justicia “impulsar el 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 (...)” sin existir más disposiciones sobre la regulación de esta fase procesal. Esta figura había ya sido prevista en el BCPP 2013, y ha sido igualmente introducida en el actual ALECr 2020 con un propósito similar. Sobre esta audiencia inicial trata FERNÁNDEZ SOTO, JOSÉ IGNACIO, “La ejecución en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, núm. 9826/2021. Un estudio jurisprudencial sobre el derecho a la ejecución como contenido de la tutela judicial efectiva en relación a su naturaleza, alcance, contenido y límites, lo realizan RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO y CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva; análisis jurisprudencial. op.cit.*, pp. 534-544.

regulación de la liquidación de condena dado que, según manifiesta, “resulta sorprendente que un trámite tan trascendente carezca de una regulación específica”, a diferencia de la Ley Procesal militar (LO 2/1989, de 13 abril) que si la tiene prevista en su art. 349.

Finalmente, el apartado cuarto del artículo dispone la celebración de una nueva comparecencia del condenado ante el Letrado de la Administración de Justicia que le requerirá de cumplimiento y le notificará la liquidación de condena, que, salvo recurso de alguna de las partes, se entenderán definitivamente aprobadas.

La última modificación efectuada por el ALMEP es la Disposición Adicional octava, que hace referencia a las actuaciones por medio de videoconferencia en la jurisdicción penal.

Antes de continuar creemos conveniente realizar algunas observaciones sobre esta materia. La primera, y más importante, es la consideración de que el modo telemático de practicar actuaciones judiciales puede llegar a vulnerar garantías procesales básicas, tales como los principios de inmediación,⁶⁶⁵ contradicción y, por ende, los de defensa y publicidad.⁶⁶⁶ La propia regulación de esta modalidad tiene en consideración dicha posibilidad cuando establece cautelas en torno a ciertos límites penológicos, y otras de tipo procedimental y técnico. La Instrucción 1/2002 de la FGE, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, o la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia, abordan esta cuestión, y señalan la posible afectación de derechos fundamentales procesales ya aludidos. Si bien, debido a la antigüedad de las instrucciones mencionadas, la evolución técnica de las herramientas audiovisuales telemáticas presenta un panorama diferente al que existía cuando se elaboraron aquellas, lo cierto es que, a pesar de ello, sigue existiendo una posible afectación de derechos procesales por la utilización de éstas. Indudablemente, en la medida que la los perfeccionamientos técnicos permitan una interacción personal cada vez de mayor calidad, las limitaciones al principio de publicidad o contradicción, por ejemplo, serán cada vez menores.

La jurisprudencia del TS y del TC se ha mostrado restrictiva con la modalidad telemática de actuación procesal por los riesgos que supone para los derechos fundamentales señalados, y ha realizado, por ello, una interpretación exigente de los requisitos para llevarla a

⁶⁶⁵ Una exposición sobre el principio de inmediación penal por SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO, *La garantía jurisdiccional de la intermediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid 2017, 24-41. Sobre este aspecto, CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

⁶⁶⁶ En el ordenamiento español rige la inmediación judicial y, como regla general, los actos procesales han de celebrarse en presencia judicial (art. 229.2 LOPJ), permitiéndose la práctica telemática de tales actos siempre y cuando así lo acuerde el órgano judicial, asegurando la posibilidad de contradicción y la salvaguarda del derecho de defensa (art. 229.3 LOPJ). Sobre este principio trata ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO, “Sobre el valor de la inmediación, una aproximación crítica”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 46/2003. El autor evoca a un jurista italiano, ilustrado del siglo XVIII, FRANCESCO MARIO PAGANO, y su obra *Considerazioni sul processo criminale* (una introducción en italiano sobre su obra y su vida puede leerse en línea en la siguiente dirección (<https://www.consigionazionaleforense.it/documents/20182/173662/Considerazioni+sul+processo+criminale/8207b701-7b37-4bdc-8a76-e6c626553942?version=1.0>) con unas palabras suyas muy elocuentes que centran el concepto de intermediación: “en viva voz hablan también el rostro, el modo de decir, y tantas otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado por ellas”. Las fricciones entre la interpretación de los altos tribunales españoles y el TEDH en relación al principio de intermediación, especialmente en supuestos de condena o empeoramiento de ésta en segunda instancia, es estudiado por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO, “La intermediación a la luz del Convenio Europeo de derechos humanos. El caso de España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm.19/2019.

cabo.⁶⁶⁷ Ha distinguido, dentro de las actuaciones procesales que se pueden efectuar telemáticamente, diversos grados de afectación de derechos procesales, y de posiciones, según los intervinientes en el mismo. De esta manera la posición pasiva de testigos o peritos, cuya intervención busca fundamentalmente la exactitud y fiabilidad de la información que suministran, no es comparable con la del acusado, cuya posición es activa y busca desplegar su derecho de defensa con toda la amplitud posible. Por ello, el criterio a seguir por el órgano judicial a la hora de decidir llevar a cabo el trámite procesal sin la presencia física del interviniente sustituyéndolo por medios telemáticos, deberá ponderar esos elementos siempre, respetando además los principios de proporcionalidad y necesidad. La jurisprudencia es exigente a este respecto cuando, entre los elementos a tener en cuenta para la ponderación, rechaza categóricamente razones funcionales o económicas, debiendo concurrir la imposibilidad de comparecencia del interviniente y causas suficientemente fundadas que aconsejen la adopción de la medida.⁶⁶⁸

No obstante, y en términos prospectivos, esta doctrina se asienta sobre un estadio determinado de evolución técnica, que en las últimas décadas ha tenido un progreso muy acusado: a medida que la interacción, la fiabilidad, y, en definitiva, la fidelidad de la intercomunicación se desarrolle, las objeciones antedichas podrán ser superadas, al menos, relativamente. En la actualidad, la jurisprudencia⁶⁶⁹ es también cauta al respecto y sostiene que solo la presencia física del encausado, particularmente en el juicio oral, garantiza plenamente su

⁶⁶⁷ La propia Instrucción 2/2002, de 7 de febrero, después de pregonar las ventajas de esta modalidad, señala sus peligros, pues, a fin de cuentas, la autorización general para la celebración de juicios orales y otras actuaciones judiciales se trata de un principio que debe ceder ante la vulneración de derechos fundamentales propios del proceso penal. La propia instrucción reconoce que "(...) los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción se ven sin duda afectados por la celebración de un juicio oral en materia penal a través de videoconferencia. La adopción de tal medida deberá ser acordada por el juez o tribunal motivadamente, y al fiscal corresponderá analizar caso por caso la inexistencia de riesgo para los derechos al proceso debido."

⁶⁶⁸ Analiza esta problemática ABA CATOIRA, ANA, "La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas", *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13/2009, llegando a la conclusión de que existen más ventajas que inconvenientes en el uso de este medio tecnológico. Alude a jurisprudencia relevante al respecto: así STS 678/2005, de 16 de mayo de 2005, (RJ2005/6586) excluye de la ponderación sobre la idoneidad o no del uso de la videoconferencia, "cualesquiera alusiones a planteamientos de indole funcional, como ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias". Una posterior sentencia, STS 644/2008, de 10 de octubre (VLEX 50693615), incidió nuevamente en la excepcionalidad de la práctica, posible solo tras agotar todos los medios para la presencia del acusado. La STC 345/2006, de 11 de diciembre, (BOE núm. 14, de 16 enero de 2007) alude también a la videoconferencia, insistiendo en la salvaguarda del principio de inmediatez. Analiza la problemática aludida SANTISTEBAN CASTRO, MARÍA, "De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia", *Diario La Ley*, núm. 25 mayo 2021, mostrando su autora sus reticencias al uso indiscriminado de esta tecnología por poder vulnerar los principios informadores del juicio oral. A pesar de ello, el art. 731 bis LECr, se muestra, aparentemente, flexible, según FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL, *Cuestiones actuales del Proceso Penal*, Ediciones Experiencia, Barcelona 2015, p. 236, ya que sería bastante para su práctica una mera razón de utilidad, previa autorización del tribunal. La contradicción quedaría garantizada con la bilateralidad de la comunicación. La jurisprudencia ha considerado que la prueba practicada por este sistema garantiza el derecho de defensa, ya que asegura la inmediatez, la oralidad y la contradicción. Apuesta sin ambages por este método, MAGRO SERVET, VICENTE, "Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus", *Diario La Ley*, núm. 7674/2011, que la ve como un medio de agilización de la justicia, eficaz, eficiente y garantista, desgranando en el artículo todas sus ventajas. Puede leerse la STS 331/2019, de 27 de junio (La Ley 91077/2019), de la que es ponente este magistrado, en que redunda en los mismos argumentos.

⁶⁶⁹ La reciente STS 119/2019, de 6 de marzo (ES:TS:2019:678), Sala de lo Penal, al estudiar un delito de violencia de género, ha establecido algunos criterios valorativos que giran en torno a los principios de inmediación y contradicción, con relación directa con la modalidad virtual de práctica de la prueba. Según enumera la sentencia, factores tales como la seguridad de la declaración, su concreción, la claridad expositiva, el "lenguaje gestual", la seriedad de la exposición, la expresividad, la ausencia de contradicciones y lagunas, el carácter total de la declaración, y la exposición de datos tanto beneficiosos como perjudiciales, son elementos imprescindibles para la valoración de la prueba. Se puede conjeturar que este conjunto de elementos no es fácil de percibir a través de un monitor y un sistema de audio, por buena calidad técnica que éste tenga.

derecho de defensa, pues es allí donde este despliega toda su potencialidad, y, a pesar de que muchos actos procesales tienen previsto un régimen de falta de intermediación, la modalidad no presencial ha de ser la excepción siempre que materialmente se encuentre justificada y legalmente prevista.

El marco legalmente vigente de realización de actuaciones judiciales telemáticas tuvo su entrada con la ley 13/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, que, entre otros propósitos según su EM, pretendía una mayor calidad de atención a los ciudadanos mediante el uso de nuevas tecnologías en este ámbito⁶⁷⁰.

La Disposición Adicional 8ª del ALMEP se remite a lo dispuesto, al respecto, en el art. 137 bis LEC, que el propio anteproyecto prevé en modificación de dicha ley (apartado 1º), y establece un límite: la presencia del encausado será necesaria en los juicios por delito grave,⁶⁷¹ de igual manera lo será en las comparecencias del art. 505 LECr cuando alguna de las partes solicite prisión provisional, o en los juicios prisión superior a dos años, salvo causas justificadas o de fuerza mayor, aparejando la obligación de presencia física del encausado con la de su letrado (505.2 LECr).

La cuestión de la no presencia del encausado en las actuaciones judiciales penales, que hoy día guarda un vínculo muy estrecho con el desarrollo de la tecnología de la telecomunicación, tiene una extrema relevancia desde la perspectiva procesal. La posibilidad de la intervención de las partes procesales, testigos o peritos, por medio de videoconferencia tuvo su entrada en el proceso penal, como ya se ha dicho, por LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECr y LOPJ. El ALMEP cita, en cuanto a su regulación, los arts. 306, 325 y 731 bis LECr, y la DA 8ª. Además, la remite de forma supletoria a la propia modificación de la LEC prevista en el ALMEP que introducirá el art. 137 bis LEC y que establecerá la obligación de documentar en la forma del art. 147 LEC⁶⁷² los actos procesales realizados por videoconferencia, así como la obligación de que éstos se lleven a cabo en la sede de la oficina judicial o juzgado de paz, del domicilio o lugar de trabajo de aquellos que hayan de intervenir en las actuaciones judiciales.

El marco jurídico de esta materia, que se puede definir como escaso y poco circunstanciado, ha sido recientemente completado de manera coyuntural y asistemática, mediante el RD 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente

⁶⁷⁰ Así está previsto en el art. 229.3 LOPJ, que refiriéndose a declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas, establece que “estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal (...)”, desarrollado en el siguiente artículo, 230 LOPJ. Paralelamente, el art. 731 bis LECr prevé supuestos en que algún interviniente en el proceso judicial deba comparecer en cualquier tipo de procedimiento penal, y existan razones de utilidad, seguridad, o de orden público, el Tribunal pueda acordar que “su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.” En la práctica judicial la profusión del uso de la videoconferencia es una tendencia en constante incremento, como podemos leer en el artículo de SANTISTEBAN CASTRO, MARÍA, “De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, *op.cit.*

⁶⁷¹ Prisión superior a cinco años, art. 33.1.b CP.

⁶⁷² Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido.

al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Dicho decreto declaraba la preferencia de realizar actuaciones procesales de todo tipo por sistema telemático, incluidas las deliberaciones de los tribunales, exceptuando, en el orden jurisdiccional penal, los juicios por delito grave que requerirían en todo caso, la presencia física del encausado (art.19 RD 16/2020), manteniéndose esta regulación en la Ley 3/20, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Esta ley añade, a la limitación reseñada de juicio por delito grave, la comparecencia del art. 505 LECr cuando exista solicitud de prisión provisional, o las vistas orales donde se pidan más de dos años de privación de libertad, aunque, en este caso, ha de solicitarlo el acusado o su defensa.

El último inciso de la DA 8ª mantiene que “cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada.” Se trata de una consecuencia lógica que toma de base el derecho de defensa para cuya articulación es clave la comunicación fluida y directa del abogado y su defendido. A este respecto la jurisprudencia⁶⁷³ ha exigido que la garantía de dicho principio ha de ser absoluta también cuando no concurre físicamente el encausado para lo cual es preciso la habilitación de medios tecnológicos adecuados para que ésta pueda practicarse con normalidad y asegurarse que el asesoramiento y asistencia del letrado pueda llevarse a cabo.

Recapitulando, las modificaciones de este Anteproyecto en el ámbito del proceso penal tienen un acento de provisionalidad notable debido a la tramitación parlamentaria del ALECr 2020. Los motivos de la promulgación de aquél han sido, sustancialmente, dos órdenes de cuestiones: la agilización del proceso, y la potenciación de fórmulas de justicia negociada. El ALMEP ha sido objeto de estudio en fecha 22 de julio de 2021, por parte del Pleno del CGPJ⁶⁷⁴, que aprobó⁶⁷⁵ el preceptivo informe sobre el mismo. El extenso informe del Consejo, entre sus consideraciones iniciales, se refiere a la confusión terminológica del Anteproyecto sobre los conceptos de eficacia, eficiencia y efectividad, que parece entreverar en su texto como sinónimos, y además valora desigualmente la virtualidad de sus disposiciones para tal efecto; “pues si bien determinadas disposiciones se muestran nítidamente eficaces y es fácil adivinar su efectividad, en otras es dudosa la concurrencia de tales cualidades”. Otro problema básico del Anteproyecto, según el citado informe, es su marcado carácter coyuntural, condicionado por la previsible saturación de los órganos judiciales tras la superación de la actual pandemia, mientras que las reformas diseñadas tienen carácter de permanencia.⁶⁷⁶

No obstante, es en el plano conceptual donde la crítica del CGPJ sobre el ALMEP es más intensa, y, más concretamente, sobre la generalización de mecanismos autocompositivos

⁶⁷³ Véase al respecto la STS 678/2005, de 16 de mayo de 2005, (La Ley 1690/2005) “y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia...” La sentencia fundamenta esta exigencia en el papel activo que el acusado, a diferencia de peritos y testigos, desempeña durante la vista oral. Sobre este mismo aspecto abunda la reciente STS 167/2021, 24 de febrero (La Ley 8069/2021).

⁶⁷⁴ El acceso al informe vía electrónica se encuentra en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>

⁶⁷⁵ Con doce votos a favor, pero teniendo nada menos que ocho en contra.

⁶⁷⁶ Con la salvedad de la jurisdicción penal donde el propio Anteproyecto hace referencia a la tramitación parlamentaria del ALECr 2020.

como presupuestos de procedibilidad en las relaciones jurídico-civiles de naturaleza disponible, “sugiriendo que son los únicos mecanismos para romper la dinámica de confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales”. Se corre el riesgo, según el CGPJ, de considerar la solución jurisdiccional como un “último remedio”, degradando su función constitucional. Desde la misma perspectiva critica el menoscabo que principios procesales inveterados -oralidad, inmediatez, publicidad-, o el principio dispositivo civil, que quedarían violentados, alejando a la ciudadanía de los órganos judiciales, lejos de su propósito anunciado de acercarla. La parte introductoria del Informe finaliza reprochando al Prelegislador no haber considerado debidamente las medidas previstas en el llamado Plan de Choque del CGPJ de fecha 16 junio 2020⁶⁷⁷. Este plan abordaba una serie de disposiciones consistentes en medidas organizativas y procesales, sobre solución extrajudicial de conflictos, medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables, tecnológicas, y formación específica para la Carrera Judicial, que, según el CGPJ, no han sido debidamente tenidas en cuenta en la elaboración del ALMEP.

El alcance de las modificaciones que el ALMEP en relación a la LECr, tal como se ha visto, tiene un carácter limitado, y marcadamente coyuntural, como el propio anteproyecto reconoce, debido a la tramitación parlamentaria del ALECr 2020. No obstante, pretende incentivar la agilidad procesal apuntalando medidas previstas en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que modificó la LECr. Después de seis años de vigencia de esta normativa, su balance no es muy positivo puesto que no ha mejorado de forma visible las dilaciones en el orden jurisdiccional penal, e incluso algunas de las modificaciones que introdujo resultaron tan perniciosas, dando lugar a espacios de impunidad, que han tenido que ser derogadas y sustituidas por otras. Nos referimos en concreto a la fijación de plazos máximos de instrucción del art. 324 LECr que se introdujeron en aquella reforma. La ley 2/2020, de 27 de julio, ha venido a modificar los plazos máximos de instrucción del artículo citado, una reivindicación que desde la FGE se venía solicitando desde hacía tiempo.

El informe del CGPJ sobre la ALMEP sugiere que podría haberse aprovechado la reforma para clarificar algunas de las modificaciones fallidas de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, en concreto, el llamado juicio monitorio penal y el proceso por aceptación del decreto del fiscal, dos instrumentos nada utilizados en la práctica y que se pueden considerar fracasados. En concreto, aboga por haber introducido en la ALMEP un modelo de oportunidad reglada similar al que se perfila en el ALECr, y regular la mediación penal como también se hace en este texto prelegislativo, y que tuvo entrada en la justicia de adultos mediante el EVD, y para cuya práctica el CGPJ confeccionó una Guía.⁶⁷⁸ Las razones para haber acometido tal

⁶⁷⁷ El plan de choque así denominado es un documento aprobado por el Pleno de dicho órgano el 2 de abril de 2020, y tiene por objeto asumir los retos que tendría que enfrentar la Administración de Justicia tras la superación de la pandemia de COVID-19. Su enlace es el siguiente:

[file:///Plan%20de%20choque%20aprobado%20por%20el%20Pleno%20del%20CGPJ%20el%2016%20de%20junio%20de%202020%20\(3\).pdf](file:///Plan%20de%20choque%20aprobado%20por%20el%20Pleno%20del%20CGPJ%20el%2016%20de%20junio%20de%202020%20(3).pdf)

⁶⁷⁸ El CGPJ elaboró, en el año 2016, una Guía práctica para la mediación intrajudicial, un documento de 200 páginas, en el que marca las pautas de actuación de esta herramienta de la Justicia restaurativa en los distintos órdenes jurisdiccionales, encontrándose el penal entre las páginas 93-129. La perspectiva de la misma es, como su nombre indica, totalmente intrajudicial para asegurar las garantías debidas del proceso, ofreciendo unas pautas metodológicas e interpretativas a los jueces y magistrados para su implementación de manera uniforme en todo el país, pues dichas prácticas ya se llevan a cabo por medio de protocolos particulares en las Comunidades Autónomas. Desde la perspectiva que ofrece la Guía la función del juez, controladora de la corrección y legalidad del proceso y resultado restaurativo de la mediación penal, puede integrarse con naturalidad, aun no siendo una función decisoria sino homologadora, en la función jurisdiccional de jueces y tribunales del art. 117.3 CE. El recurso es accesible online en

regulación radican en que la situación de saturación de la Administración de justicia requiere respuestas inmediatas y fiarlas a la implantación de la nueva LECr puede resultar tardío, máxime cuando la misma prevé una *vacatio legis* de nada menos que seis años.⁶⁷⁹

3.3.3. El proceso por aceptación de decreto del fiscal.

Una apuesta del Legislador español, fallida, pero que ilustra acerca de la construcción del modelo de nuevo proceso penal, la constituye el proceso por aceptación de decreto del fiscal.⁶⁸⁰ Se trató de una importante novedad procesal que, seis años después de su entrada en vigor, se puede considerar fracasada. Fue introducida mediante la Ley 41/2015, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, estando regulado en los arts. 803 bis a 803 bis j) LECr.⁶⁸¹ Su promulgación hay que enmarcarla en la línea de la progresiva asunción de funciones por el Ministerio Fiscal, reforzando la labor de este órgano constitucional al ostentar el protagonismo principal de este tipo de procedimiento: tendencia que ha seguido un desarrollo creciente y que se puede considerar como propia del modelo procesal al que se dirigen las reformas de los últimos años.

Complementando esta ley, y también buscando la agilización y la optimización del proceso penal, se dictó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Según la EM Ley 41/2015, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se trataba de un modelo que en Derecho comparado ha gozado de éxito, lo cual resulta paradójico teniendo en cuenta la escasa utilización, casi testimonial, que ha tenido en España, siendo un claro ejemplo de que el acierto en otros países de un tipo de procedimiento, cuando la transposición al ordenamiento jurídico interno se descontextualiza y no se tienen en cuenta otras realidades procesales,⁶⁸² no es garantía de un resultado feliz. Por otra parte, la introducción del sistema diseñado en este proceso por aceptación del decreto del fiscal, ha creado un modelo incoherente cuando se pone en conexión con el procedimiento previsto para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.⁶⁸³

la siguiente dirección, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> El estudio de las guías que ha editado el CGPJ y su contexto normativo y práctico es planteada por CARRASCOSA DE MIGUEL, ANA, “La realidad de la mediación penal en España: las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, op.cit., pp. 149-171.

⁶⁷⁹ Disposición final octava del ALECr 2020. Entrada en vigor. “La presente ley orgánica entrará en vigor a los seis años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

⁶⁸⁰ En relación con la naturaleza jurídica de este procedimiento ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 10-18, deduce que es un proceso monitorio por reunir todas las características del mismo.

⁶⁸¹ Estudian el procedimiento monitorio penal del proceso por aceptación de decreto del fiscal, JAÉN VALLEJO, MANUEL y PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La reforma penal de 2015*, op.cit., pp. 86-91.

⁶⁸² Nos referimos a los juicios rápidos a los que acto seguido se hará mención.

⁶⁸³ Indaga en este proceso MESTRE DELGADO, ESETEBAN, “El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado”, *La Ley Penal*, núm. noviembre/2015, que lo considera incomprensible pues en su diseño el Ministerio Fiscal no es sino una parte, pudiendo haberse aprovechado la creación *ex novo* de dicho proceso para dotar al Ministerio Fiscal de la capacidad instructora y de capacidad de obrar el principio de oportunidad, creando un marco diferente al de los juicios rápidos que

La creación de esta modalidad se basó, como como podemos observar en prácticamente todas las modificaciones legales del proceso español recientes, en razones de economía procesal. El propio título de la ley alude a ello, intentando ser un modelo de agilización de la justicia penal en el ámbito de la delincuencia menor. De forma muy sucinta, consiste en un proceso monitorio penal en el que el decreto emitido por el fiscal, tras la autorización del auto del juez de instrucción y la consiguiente aceptación del encausado, se convierte en título, sentencia condenatoria.⁶⁸⁴ Se trata pues, de un procedimiento de naturaleza especial, relativo a delitos leves y menos graves, cuyo ámbito material ciertamente se solapa con el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos, pero que puede resultar complementario al mismo al incluir supuestos que quedan fuera de la aplicación de los primeros.

El ámbito de aplicación del proceso por aceptación de decreto se encuentra previsto en el art. 803 bis a) LECr, que establece los requisitos para el mismo, siendo los de índole objetiva-penológica una pena de prisión que no exceda de un año, multa o trabajos en beneficio de la comunidad, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (añadiendo el requisito de que la pena sea susceptible de ser suspendida en los términos del art. 80 CP)⁶⁸⁵, y un segundo requisito de tipo subjetivo, la aplicabilidad al caso, que tiene que decidir el fiscal. Éste tendrá que considerar que la pena concreta aplicable al caso es la de multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o privación del derecho a conducir. El artículo contempla un último requisito de tipo procesal: que no esté personada en la causa acusación popular o particular, requisito este último que obedece a la razón práctica de evitar dilaciones.

A estos requisitos añade el artículo citado otro de tipo temporal y conectado con el procedimiento, ya que este tipo de proceso solo podrá ejercitarse entre el inicio de las diligencias de investigación por la fiscalía o incoación de un procedimiento judicial, hasta la finalización de la fase de instrucción.

El art. 803 bis b), fija el objeto del proceso por aceptación de decreto, tratándose de una acción penal ejercitada para una pena de las ya descritas, pudiendo tener, además, por objeto la acción civil derivada del delito, pretensión civil que se acumula a la penal, dirigida a la “restitución de la cosa y a la indemnización del perjuicio”.

se dirigen por la actividad del juez. Otro estudio sobre el mismo, cuando acababa de instaurarse el proceso, lo realiza DOIG DÍAZ, YOLANDA, “El proceso por aceptación de decreto”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales, op.cit.*, pp. 493-519, que, pronosticaba dificultades en su aplicación, si bien no acertó en las razones que llevarían a su fracaso.

⁶⁸⁴ Es decir, adelantar en el tiempo la terminación del proceso por razones de economía procesal, prescindiéndose de ello con la fase de juicio oral e incluso de las actuaciones correspondientes a la fase de instrucción según describen BLANCO, ANA ISABEL, MONTESINOS, ANA, “Proceso por aceptación de decreto; el nuevo monitorio penal”, *Revista boliviana de derecho* núm. 22/2016.

⁶⁸⁵ En relación con los requisitos del art. 80 CP, éste condiciona la pena a que el condenado no tenga antecedentes penales, que la pena o penas no superen los dos años de privación de libertad, no incluida la eventual responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y que la responsabilidad civil hubiera sido satisfecha y, en su caso, haberse hecho efectivo el decomiso según el art. 127 CP. Excepcionalmente cabe, sin que concurran los dos primeros requisitos, también la suspensión en caso de que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen, como también excepcionalmente cabrá en caso de que el hecho delictivo se hubiera cometido bajo la dependencia de sustancias señaladas en el art. 20.2 CP, con el límite de penas privativas de libertad que no superen los cinco años y tras la debida acreditación de que el condenado se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento para ello. Los párrafos finales del art. 80 CP contemplan el caso de suspensión, sujeta solo a condición de que cuando el condenado cometió el delito ya tuviera otra pena suspendida por el mismo motivo, para supuestos de padecimientos incurables de enfermedad muy grave.

Este procedimiento tiene como característica de relieve la participación del fiscal en el mismo, toda vez que es solo posible a instancia suya y contando con su consideración personal acerca de si los hechos que constituyen el delito y su tipificación resultan procedentes para la aplicación de este proceso (art. 803 bis a 2º LECr). Queda pues a la disposición del fiscal, que tiene que materializar su decisión por medio de un decreto de propuesta de imposición de pena.⁶⁸⁶

En dicho decreto ha de indicar una serie de ítems identificadores del investigado, del hecho punible, la indicación del delito cometido y de la prueba obrante,⁶⁸⁷ las penas propuestas y las peticiones restitutorias en su caso. Además, resulta destacable el requisito de la breve exposición de “los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida”, labor que conllevará necesariamente una previa labor preparatoria del fiscal.⁶⁸⁸ En la regulación de este tipo de proceso, se echa en falta cualquier mención a la figura de la víctima, donde, ciertamente debería tener, por imperativo legal, algún tipo de participación.⁶⁸⁹

La tramitación del proceso por aceptación de decreto es sencilla. Establece el art. 803 bis d) que una vez dictado por el fiscal el decreto, será remitido al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al investigado. El Juzgado realizará un control sobre el decreto, y solo tras comprobar que se cumplen los requisitos a los que se ha hecho alusión (expresados en el art. 803 bis a) LECr) autorizará el mismo, dejándolo sin efecto en caso contrario (art. 803 bis e LECr). Superado este trámite, el juzgado notificará el decreto al infractor y le citará para comparecer en el juzgado, informándole sobre el fin de la comparecencia y los efectos de su incomparecencia, por lo que la citación tendrá ciertamente carácter informativo, pero también conminatorio para su asistencia. En todo caso el artículo recalca la necesidad de que comparezca asistido de letrado (art. 803 bis f LECr) designándosele de oficio si no dispone de él (art. 803 bis g LECr).

La comparecencia se encuentra regulada en el art. 803 bis h). Recuerda una vez más la preceptividad de la asistencia letrada, de manera que, si compareciese sin ella, se suspenderá el acto y se citará nuevamente. El artículo regula también la consecuencia de la incomparecencia del citado o su rechazo de la propuesta del fiscal. No cabe aceptación parcial ni en las consecuencias penales ni civiles, quedando sin efecto el acto y siguiendo el curso procedente.

⁶⁸⁶ Un documento cuyo contenido se encuentra previsto en el art. 803 bis b).

⁶⁸⁷ Naturalmente, dado el momento procesal, se tratará, sobre todo, del atestado y de la prueba preconstituida que éste pueda contener. En relación con las diligencias policiales que pueden adquirir aquella condición escribe GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, ALBERT, “Las diligencias policiales como supuesto de prueba preconstituida y su incorporación al proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2/2014.

⁶⁸⁸ Comprobación de antecedentes penales, eventuales asuntos en trámite, o cuestiones relativas a una posible responsabilidad civil.

⁶⁸⁹ La participación de la víctima en el proceso por aceptación de decreto del fiscal, apuntan MONTERO AROCA, JUAN, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho Jurisdiccional III Proceso penal*, *op.cit.*, pp. 604-610, no está contemplada en el mismo, y no ha sido modificado tras la promulgación del EVD, que taxativamente proclama como derecho básico de la misma a la participación activa en el proceso penal (art. 3.1 de la Ley 4/2015) así como a “entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo de la interposición de la denuncia y durante el proceso penal (...)” (art. 4.1 EVD). Debería pues preverse la participación de la víctima también en este tipo de proceso. Los autores proponen que podría ser en el momento previo a que el fiscal tomase la decisión de emitir el decreto, para ponderar con más elementos de juicio y tomando en consideración a la víctima la pertinencia o no de aquél.

La ley no regula, sin embargo, la posibilidad de que, tratándose de varios coencausados, solo alguno de ellos se conforme, mientras que otros no. La solución más razonable parece ser la que permite la aceptación del decreto para quien asiente, y la continuación por el cauce correspondiente para quien disiente⁶⁹⁰, aunque, en verdad, dicha opción puede suponer un eventual perjuicio para quien continúa el procedimiento, y se aparta del criterio que exige unanimidad en las conformidades penales en caso de existencia de varios encausados.

Las consecuencias de la falta de autorización por el juzgado, de la incomparecencia o de la no aceptación por parte del encausado, son la ineficacia del decreto de propuesta de pena, deviniendo éste ineficaz debiendo proseguirse la causa por el cauce que corresponda (art. 803 bis J LECr)⁶⁹¹. El juez se asegurará que el encausado comprende plenamente el significado del decreto y sus efectos. Finalmente, regula el régimen de documentación indicando que será “registrada íntegramente por medios audiovisuales”, con el sistema de documentación general en caso de imposibilidad. En el caso de aceptación íntegra del decreto de propuesta de pena “el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno” (art. 803 bis i LECr).

3.3.4. Impulso de los mecanismos de oportunidad por la Fiscalía General del Estado con ocasión de la pandemia.

La irrupción de la pandemia provocada por el COVID-19, como en tantas otras facetas de la vida, ha tenido una grave incidencia en la Administración de Justicia, añadiendo a su ya deficiente gestión, nuevos retrasos y perjuicios a los ciudadanos en forma de mayor ralentización, saturación y atascos de expedientes. En este contexto la FGE emitió, en fecha 24 abril de 2020, la llamada “Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia del coronavirus COVID-19”. Esta propuesta se elaboró en consonancia con el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, sobre el que ya se han analizado algunas cuestiones previamente.

El interés, desde el enfoque de este trabajo, de dicho documento es grande puesto que la Propuesta de la FGE aboga por una mayor utilización del principio de oportunidad como modo de descongestionar la administración de justicia y paliar su colapso, agravado como efecto de la pandemia, haciéndolo, fundamentalmente, por medio de los dos instrumentos tradicionales para tal menester: las conformidades anteriores a la celebración del juicio oral y a través de la mediación penal. Aunque la naturaleza de las medias propuestas es de espectro amplio,⁶⁹² resulta sugestiva la visión favorable al principio de oportunidad que diseña, abogando

⁶⁹⁰ En este sentido se expresan BLANCO, ANA ISABEL, MONTESINOS, ANA, “Proceso por aceptación de decreto; el nuevo monitorio penal”, *op.cit.* p. 298.

⁶⁹¹ El Ministerio Fiscal no queda vinculado por su propuesta en caso de que el infractor no haya aceptado su propuesta, según ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *El proceso por aceptación de decreto op.cit.*, pp. 209-213, que desecha la idea de que la prohibición de la *reformatio in peius* pueda operar en este tipo de proceso.

⁶⁹² Organizativas, de reforma legislativa y otras a medio o largo plazo.

decididamente por la misma como uno de los objetivos en el ámbito penal (Introducción, punto V).

En relación con las reformas legislativas, en lo que interesa a este trabajo y en lo tocante al principio de oportunidad, la Propuesta número 48 propugna la reforma del art. 963 LECr y la incorporación de un nuevo art. 774 bis LECr, al valorar que la regulación existente sobre el principio de oportunidad -ceñida a los delitos leves- “resulta poco operativa pues se ciñe a muy pocos supuestos” y no resulta acorde con la normativa europea al respecto que aboga por recurrir al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal sentados ciertos requisitos. El escrito de la FGE pone esta afirmación en relación con la Recomendación (87) 18 del Comité de ministros a los estados miembros sobre simplificación de la justicia penal.⁶⁹³

Efectivamente, aun reconociendo que los supuestos tasados susceptibles de ejercicio del principio, deben ser de escasa entidad delictiva y que, de conformidad con las previsiones europeas, han de tener en cuenta la “gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción”, considera la FGE que debería aumentarse el número de supuestos susceptibles de aquel. En el mismo sentido se propugna la modificación del art. 774 bis LECr, para los delitos menos graves, introduciendo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista en la prosecución de la investigación, tal como se encuentra previsto en la jurisdicción de menores (art. 18 LORPM).

En el mismo campo de las modificaciones o reformas legislativas, la FGE propugna también otras propuestas. La propuesta número 44 hace referencia a “la ampliación del ámbito de la conformidad para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos,” mediante la modificación del art. 801 LECr, y, en lugar de fijar el límite en los tres años de privación de libertad, éste aumentaría a cinco. Es evidente que dicha ampliación ensancharía poderosamente el número de infracciones penales aptas para la aplicación de la conformidad premiada y, por tanto, el número de conformidades, pero cabe preguntarse si, desde una perspectiva de política criminal o de estricta justicia material, sería conveniente aumentar esta posibilidad a delitos de no poca relevancia social. Por otra parte, si bien es posible que muchos de los delitos castigados con penas de hasta 5 años de prisión, sean flagrantes, resulta más complicado que sean de instrucción presumiblemente sencilla (art. 795.1.3ª LECr).

La propuesta número 45 contempla la “ampliación del ámbito de la conformidad en el procedimiento abreviado” mediante la modificación del art. 784 LECr, recomendando la extensión de la conformidad privilegiada, en esta ocasión, también a los delitos cuyo ámbito de aplicación es la del procedimiento abreviado, pero con el límite penológico antes apuntado de 5 años de privación de libertad. Finalmente, la propuesta número 52 pasa por la ampliación del ámbito objetivo del procedimiento por aceptación por decreto del art. 803 bis LECr.⁶⁹⁴

⁶⁹³ Dicho instrumento europeo aboga por recurrir a los mecanismos de justicia restaurativa para remediar la lentitud de la justicia, proponiendo, sustancialmente, la ampliación del ámbito objetivo y la flexibilización para hacer más operativo el principio de oportunidad reglada, con o sin condición, bajo tutela judicial, y en supuestos tasados de criminalidad de escasa entidad.

⁶⁹⁴ En efecto, el art. 803 bis a) LECr en su apartado 1º establece que “el delito esté castigados con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores”. Como la propia propuesta pone de manifiesto, se trata de un tipo de procedimiento muy poco usado, por lo que entiende que si su ámbito de aplicación se extendiese a los mismos supuestos que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, con la ventaja de que no se requiriere comparecencia judicial, se evitarían así trámites innecesarios y adelantando aun más la conformidad. En cualquier caso, si la reforma no llevase aparejada la conformidad premiada, para poco serviría.

La práctica de la conformidad es también tratada en varios puntos de esta Propuesta. La FGE es consciente de que en la práctica forense casi todas las conformidades se consiguen en la última fase del procedimiento, justo antes de la celebración de la vista oral, por lo que las ventajas de economía procesal que se podrían haber derivado de un acuerdo previo desaparecen (investigación, apertura de la fase intermedia, citaciones, práctica de periciales, preparación de la vista etc...). Para evitar esta práctica generalizada, la FGE propone varias medidas: en la propuesta número 13 insiste en la potenciación del Protocolo, ya visto, de actuación para juicios de conformidad de fecha 1 abril 2009 suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía española, en base al cual, sucesivamente, se fueron elaborando convenios entre las distintas fiscalías y los Colegios de Abogados. Uno de sus objetivos es precisamente evitar esos perjuicios.⁶⁹⁵

La propuesta número 14 trata, en concreto, de paliar dicha situación mediante la coordinación institucional para el señalamiento de posibles conformidades entre el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales con el fin de que al señalamiento solo concurren el encausado y su defensa a los efectos únicamente de posibles conformidades. De esta forma se evita la, muchas veces, inútil comparecencia de peritos, testigos, y víctimas al acto de juicio en el que no llegan a intervenir por una conformidad en la sala de vistas. La propuesta nada dice en relación a cómo se deben gestionar los señalamientos. El modo que se antoja más eficaz lo dejaría en manos del fiscal que, con toda probabilidad, es quien mejor conoce las posibilidades de conformidad en cada asunto, que podría incluso haber tanteado con antelación, con ventaja sobre el juez, quien, por otra parte, correría el riesgo de contaminarse al presuponer una culpabilidad al infractor que reconoce los hechos.

Finalmente, la propuesta número 28 aborda el fomento de la justicia restaurativa mediante el mecanismo de la mediación intraprocesal, y en los términos del art. 15 EVD, subrayando su mayor operatividad, eficacia, en el ámbito de los delitos leves, según sus circunstancias, y, recuerda el escrito de la FGE, “aplicable también en hurtos en establecimientos comerciales, o a delitos leves de ocupación”. Hay que tener en cuenta que los primeros suponen un buen número de casos de hurto tipificados como leves, siendo la derivación posible también cuando el perjudicado es una persona jurídica.⁶⁹⁶ A efectos prácticos la frecuencia estadística de tales delitos, supondría un nicho de actuación significativo para la justicia restaurativa.

⁶⁹⁵ Como recoge el propio Convenio aludido de fecha 1 abril 2009 suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía española (punto 3 de su exposición) se trata de “evitar en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas, es decir, fomentar las conformidades previas al juicio oral (art. 784.3 LECr)”, modalidad ésta realmente poco usada.

⁶⁹⁶ A pesar de tratarse de una posibilidad prevista en los protocolos de mediación penal lo cierto es que la participación de personas jurídicas en dichos procesos es mínima, prácticamente residual, como pone de manifiesto la estadística. En efecto, frente a un total de 1.062 personas físicas intervinientes en los procedimientos mediadores, apenas tomaron parte en los mismos 19 personas jurídicas (5 de naturaleza pública y 14 privada) en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca. Memoria del Servicio de Justicia Restaurativa Euskadi 2019, p. 56. Puede consultarse en: https://www.euskadi.eus/documentacion/jus_doc_conoce_0231/es_def/adjuntos/Memoria-del-Servicio-de-Justicia-Restaurativa-Familiar-2019-.pdf

3.3.5. La creación de la Fiscalía Europea y su repercusión en el proceso penal español.

3.3.5.1. Orígenes de la Fiscalía Europea.

El origen de la Fiscalía Europea se remonta al Reglamento de la UE 2017/1939 del Consejo de 12 octubre, que estableció un mecanismo de cooperación reforzada para su creación.⁶⁹⁷ Dicha previsión se desarrolló con la adopción de un Reglamento Interno de fecha 12 octubre 2020. El ámbito de competencia de la Fiscalía Europea se recoge en el considerando 11 del Reglamento 2017/1939 siendo el de “las infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión de conformidad con el presente Reglamento (...)”, remitiéndose, para fijar dicha competencia, a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

El Reglamento considera que la persecución de tales infracciones será más eficaz si se desarrolla a escala europea y no fragmentadamente dentro de cada proceso penal nacional.⁶⁹⁸ La organización diseñada en el Reglamento ha previsto una estructura central compuesta por el Fiscal General Europeo, Salas Permanentes y un fiscal europeo por cada estado miembro, así como una estructura territorial descentralizada, integrada por los Fiscales Delegados europeos⁶⁹⁹, que servirán de enlace con la Fiscalía General Europea, y que se regirán por el derecho nacional y el europeo. El Reglamento no exige explícitamente modificaciones legales en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, aunque alude a la eventual necesidad de adaptaciones, y aun se justifica por haberse excedido de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos en el mismo, aunque argumenta haber intentado ser “lo menos intrusivo posible” en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los estados miembros según afirma en su considerando 11.⁷⁰⁰ No obstante, dado el hecho de que en la norma europea la función investigadora está atribuida al Ministerio Fiscal, y no así en la española, dicha falta de concierto, impulsó la reforma procesal, con la promulgación de la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 octubre de 2017, (LO 9/2021, en adelante) por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía

⁶⁹⁷ Sobre los precedentes y el contexto en que surgió la necesidad de crear la Fiscalía Europea, MORENO CATENA, VÍCTOR, *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 9-23. Aborda también sus precedentes normativos en el ámbito de la Unión Europea, PÉREZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, “La futura Fiscalía europea”, AAVV, (Dir. JIMENO BULNES, MAR, GARCÍA MORENO, JOSÉ), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona 2016, pp. 270-272, haciéndolo en relación a la protección de sus intereses económicos y financieros, y que, en última instancia, dieron origen al surgimiento de la Fiscalía Europea, Estudia también los hitos más inmediatos en relación al *Corpus Iuris*, y su tratamiento en el Tratado de Lisboa (pp. 289-295). Otro trabajo de síntesis muy completo y atractivo sobre los orígenes de la Fiscalía Europea, que ubica en la lucha contra el fraude en la UE, sus antecedentes normativos, descripción orgánica y funcionamiento, por PÉREZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, “La futura fiscalía europea”, AAVV, (Dir. JIMENO BULNES, MAR, GARCÍA MORENO, JOSÉ), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona 2016, pp. 265-308.

⁶⁹⁸ El Reglamento establece que la Fiscalía Europea tendrá competencias para ejercer la acción penal por tales infracciones (considerando 12) determinando, además, un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales encargadas de combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, basado en el derecho de avocación de la Fiscalía Europea (considerando 13).

⁶⁹⁹ Recientemente, se resolvió el procedimiento selectivo para la designación de Fiscales Europeos Delegados, por medio de la Orden JUS/1258/2021, de 15 de noviembre (BOE 18 noviembre 2021), designando los integrantes de la lista que se comunicaría a la Fiscal General Europea para su aprobación por el colegio.

⁷⁰⁰ El Reglamento, en efecto, afirma que “que el presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales.”

Europea, como tendremos ocasión de ver más adelante. Asimismo, en el ALECr 2020 se ha previsto un procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea (arts. 818-835 ALECr 2020).⁷⁰¹

En efecto, el apartado III del Preámbulo del ALECr 2020 atribuye la necesidad del cambio de modelo de proceso penal español, no solo a su acomodo constitucional o a las exigencias de un proceso moderno y ágil, sino a la urgencia de acomodar el proceso penal español al modelo diseñado para la Fiscalía Europea por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 octubre 2017 ya citado, consiguiendo, por añadidura, colocar el sistema procesal penal español en el mismo esquema formal que los de nuestro entorno jurídico, culminando un propósito que ya se marcó desde la aprobación del ALECr 2011.

Dicho instrumento ha sido creado por la necesidad de la UE de defender sus intereses financieros y la constatación de que las autoridades de los estados miembros no siempre los persiguen adecuadamente. El considerando XI señala cuáles serán las funciones de la Fiscalía Europea.⁷⁰² El motivo de creación del citado órgano viene dado por la necesidad de intensificar la lucha contra a delincuencia relativa a los intereses financieros de la UE, y el de aumentar la eficacia de la persecución penal, ya que se pueden lograr más intensamente a escala de aquella toda vez que la competencia para el ejercicio de la acción penal por esas infracciones corresponderá a la Fiscalía Europea.

A pesar de la afirmación, contenida también en considerando XII, aludiendo al respeto con que sigue el principio de proporcionalidad⁷⁰³ o, como afirma en el considerando XV, la no afectación a la forma en que los estados miembros organicen sus investigaciones penales, lo cierto es que, en el caso de España, donde pervive la singular figura del juez de instrucción, que acumula entre sus funciones las relativas a la investigación de la infracción penal, y, por otra parte, garantizadoras de derechos, se suscita de forma evidente un problema. Por ello, según la EM del ALECr 2020, la forma de cohonestar la implantación de la Fiscalía Europea en España y la implantación de un verdadero proceso de naturaleza acusatoria, pasa por la articulación de un nuevo sistema procesal penal en que el fiscal europeo asuma sus funciones de investigación criminal y promoción de la acción penal, y otro órgano, un juez nacional, “configurado como auténtico tercero imparcial”, se encargue de la salvaguarda de los derechos fundamentales.

⁷⁰¹ Como se ha visto, la LO 9/2021, de 1 de julio, establece la regulación para la aplicación del Reglamento Europeo (UE) 2017/1939 del Consejo sobre la Fiscalía Europea. Igualmente, el ALECr 2020, ha previsto un procedimiento especial para la actuación de aquella. RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, AZAÚSTRE RUIZ, PABLO, “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *La Ley penal*, núm. 153/2022, realizan un informe detallado de la misma citando algunos puntos en que ambas regulaciones podrían entrar en conflicto. Con el mismo objeto de estudio VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA, “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, núm. 4/2021.

⁷⁰² El Considerando X del Reglamento de la UE 2017/1939 del Consejo las fija en: “investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión con arreglo a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.”

⁷⁰³ Sostiene este considerando que “no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos y garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible”.

3.3.5.2. Introducción en el ordenamiento español de la Fiscalía Europea.

En fechas recientes a la redacción de estas líneas se ha publicado la ya mencionada LO 9/2021. El cometido de dicha Ley orgánica es la trasposición al ordenamiento jurídico español del contenido de la norma europea que, resumidamente, tiene como objeto regular la investigación y ejercicio de la acción penal en delitos que perjudiquen los intereses financieros de la UE⁷⁰⁴, que ha optado por crear un órgano de investigación y de persecución penal propio debido a que el bien jurídico tutelado por ese tipo de delitos es de titularidad europea, si bien pudiera haber dejado en manos de las fiscalías de los respectivos estados miembros dicha función. Si la UE ha creado dicho órgano, argumenta el Reglamento, es en buena medida debido a la falta de investigación suficiente de los órganos judiciales estatales de ese tipo de delitos,⁷⁰⁵ según reconoce en el tercer considerando del Reglamento.⁷⁰⁶ A pesar de ello, el Consejo optó por crear un órgano propio para conseguir una mayor eficacia en la lucha contra esta clase de delitos desde un procedimiento a escala europea ejercitado por aquél.

La LO 9/2021 instaura un nuevo proceso para la fase de investigación e intermedia, pero la fase oral, sobre la que incorpora regulación, se regirá de conformidad con la LECr, con algunas peculiaridades que se recogen en el capítulo V, referentes a la apertura de aquélla. Junto con ésta, la novedad más significativa consiste en atribuir la fase de investigación y ejercicio de la acción penal a un órgano de nueva creación: la Fiscalía Europea.

En el caso de España el Legislador ha entendido que la figura de su juez de instrucción resultaba incompatible con el modelo procesal desarrollado en el Reglamento europeo. A ello alude la LO 9/2021 en el primer punto de su preámbulo al considerar la singularidad de la instrucción judicial española.⁷⁰⁷

Otra interferencia, ésta de naturaleza orgánica, que acarrea el modelo europeo en relación con el español, versa sobre la rigurosa separación entre carreras judicial y fiscal que se

⁷⁰⁴ En concreto, el art. 4 del Reglamento de la UE 2017/1939 del Consejo de 12 octubre dispone “La Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, así como de ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y los cómplices de estos. A tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones y practicará los actos propios del ejercicio de la acción penal y ejercerá las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, hasta que concluya definitivamente el caso de que se trate.”

⁷⁰⁵ Se refiere a los relativos a los intereses financieros de la UE.

⁷⁰⁶ El Reglamento, manifiesta LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, “El Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional”, AAVV, (Dir. CELMA ALONSO, PILAR), *Derecho de la UE*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019 pp. 223-240, aunque su nombre pueda llevar a confusión, (en el Derecho de la UE se distingue entre Reglamento-legislativo, que es la ley general de la Unión, y el Reglamento delegado o de ejecución, que sí tendría equivalencia al así denominado en el derecho interno) en la tipología de normas de la UE, tiene carácter general, es obligatorio en todos sus elementos, de alcance general, y directamente aplicable en cada estado miembro (art. 288 TFUE). No necesitan ser traspuestos al ordenamiento interno de los Estados miembros, y si lo ha sido en el caso español se debe a la necesidad de modificar leyes de carácter orgánico y otras procesales, dada la naturaleza mixta del proceso penal español. Así, por ejemplo, en Alemania no ha sido precisa ninguna trasposición del Reglamento por no existir impedimento en su proceso penal para su aplicabilidad directa.

⁷⁰⁷ El primer punto del Preámbulo de la LO 9/21 declara: “(...) El modelo que implanta el Reglamento, en sintonía con la mayoría de los Estados de la Unión, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal. Ante tal circunstancia, se hace necesaria una regulación que inserte en la legislación española las figuras previstas en el Reglamento, evitando antinomias y anudando nuestro sistema procesal a la nueva institución europea”.

produce en nuestro país. El reclutamiento de jueces y fiscales, en el caso español, tiene lugar por medio de oposición libre, con el cumplimiento de diversos requisitos, siendo conjunta para ambos cuerpos, es decir, una única oposición, pero debiendo los opositores que hayan superado las pruebas optar seguidamente por una u otra carrera. Tras superar un periodo formativo en diferentes centros de estudio, tomarán posesión en su cargo. Por consiguiente, después del inicial proceso selectivo, ambas carreras se muestran claramente diferenciadas. En países de nuestro entorno, caso de Italia y Francia, la separación no es tan tajante, y un miembro de la Magistratura puede ejercer durante su vida laboral períodos en una u otra carrera, resultando además una práctica frecuente.

Sin embargo, en el caso de la Fiscalía Europea dicha separación no existe, ya que, de acuerdo con los arts. 14.2 a), 16.1.a) y 17.2 Reglamento (UE) 2017/1939, relativos respectivamente al nombramiento del Fiscal General Europeo, fiscales europeos, y fiscales europeos delegados, que, entre las cualidades de los candidatos, exigen que sean “miembros activos del Ministerio Fiscal o de la judicatura de los Estados miembros”. Dicha previsión ha sido desarrollada en el RD 37/2019, de 1 de febrero, determinando los candidatos españoles entre fiscales de primera y segunda categoría o de la carrera judicial, con una antigüedad superior a quince años en cualquiera de los casos.

La introducción en el ordenamiento del Juez de Garantías constituye otra novedad de la LO 9/2021. El art. 15 del Reglamento (UE) 2017/1939 sostiene, como se ha dicho, que no afecta al modo en que los países miembros abordan la investigación delictiva, pero el Legislador interno ha considerado, con buen criterio, que, en el caso español, sin un sistema acusatorio pleno, resultaba necesario separar las funciones de investigar y de garantizar los derechos fundamentales de los investigados, encomendándoselos a distintos órganos.⁷⁰⁸

En el derecho interno español, no obstante, dicha función de Juez de Garantías no se traducirá en la creación de un órgano específico permanente, sino que se turnará para cada procedimiento de la Fiscalía Europea, concluyendo como tal cuando termine su función. Ha sido, precisamente, la LOPJ, la que ha sufrido una mayor modificación en su articulado para conformar esta nueva función: así se ha determinado que, en las causas seguidas ante la Sala de lo Penal del TS, contra los altos cargos que se enumeran en el art. 57.1. 2º y 3º, “se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un Juez de Garantías que no formará parte de la misma para enjuiciarlas”. El art. 73.4 de la misma ley, también modificado por la LO 9/2021, establece una previsión similar para las causas seguidas ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ Esta idea la desarrolla de la siguiente forma el apartado II del preámbulo de la LO 9/2021 “(...) tal afirmación solo resulta válida, en verdad, en relación con las distintas variantes de modelo acusatorio que coinciden en la necesidad de disociar las tareas heterogéneas de dirigir la investigación del delito y de garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas. Donde ambas funciones siguen estando atribuidas a una misma autoridad pública, como es el caso de España, la implantación de la Fiscalía Europea requiere, inevitablemente, la articulación de un nuevo sistema procesal, de un modelo alternativo al de instrucción judicial que permita que el Fiscal europeo delegado asuma las funciones de investigación y promoción de la acción penal, al tiempo que una autoridad judicial nacional, configurada con el estatus de auténtico tercero imparcial, se encarga de velar por la salvaguardia de los derechos fundamentales.”

⁷⁰⁹ El art. 73.4 LOPJ declara “En las causas por delitos atribuidos a la Fiscalía Europea, se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un Juez de garantías que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.”

Al margen de estas dos previsiones, los procedimientos seguidos en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, contemplan, igualmente, con la modificación operada por la LO 9/2021 en el art. 88.2 y 3 de la LOPJ, la figura de los jueces de garantía para la adopción de medidas cautelares personales o intromisiones que supongan limitaciones de los derechos fundamentales.⁷¹⁰

3.3.5.3. Estructura y funcionamiento de la Fiscalía Europea.

El art. 8 Reglamento (UE) 2017/1939 fija la estructura de la Fiscalía Europea integrándola en dos áreas: una a nivel central,⁷¹¹ y otra a nivel descentralizado, correspondiente a los miembros del órgano distribuidos por los distintos estados miembros y constituida por los fiscales europeos delegados. La función de investigación, y en su caso ejercicio de la acción penal, recae en la estructura centralizada, en las Salas Permanentes⁷¹² y fiscales europeos, y en la descentralizada, en los fiscales delegados europeos.

La Fiscalía Europea cuenta con garantías que aseguran su independencia y que le obligan solo a rendir cuentas ante las instituciones de la UE, “y no pedir ni aceptar instrucciones de ninguna persona ajena a la propia Fiscalía Europea” (considerandos 16 y 17 Reglamento (UE) 2017/1939). Los fiscales europeos, cuando actúen en el ámbito de la Fiscalía Europea, deben actuar exclusivamente en nombre de ésta en su respectivo territorio estatal (considerando 32). Igualmente, el preámbulo de la LO 9/2021 observa este carácter independiente de la Fiscalía Europea.⁷¹³ Esta naturaleza se resalta en el art. 6.1 del Reglamento, al manifestar que la Fiscalía Europea es independiente y actúa en interés de la Unión en su conjunto, sin aceptar instrucciones de ningún tercero, ni de las propias instituciones europeas⁷¹⁴.

⁷¹⁰ El art. 88.2 y 3 LOPJ establece “Los Juzgados Centrales de Instrucción conocerán, como Jueces de garantías, de las peticiones de la Fiscalía Europea, relativas a la adopción de medidas cautelares personales, la autorización de los actos que supongan limitación de los derechos fundamentales cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial y demás supuestos que expresamente determine la ley. Igualmente, conocerán de las impugnaciones que establezca la ley contra los decretos de los Fiscales europeos delegados.”

⁷¹¹ Compuesta por un Colegio, Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos a éste, los fiscales europeos y el Director Administrativo.

⁷¹² Las Salas Permanentes, que tienen la función de vigilar y dirigir las investigaciones e imprimirlas coherencia, se encuentran reguladas en el art. 10 Reglamento (UE) 2017/1939. El reparto se realiza de forma equilibrada y en base a una asignación aleatoria, automática y alterna de casos (art. 19.1 del Reglamento Interno Reglamento interno (2021/C 22/03) y 10.1 Reglamento (UE) 2017/1939) cuya supervisión, así como la dirección de las investigaciones y actuaciones judiciales relacionadas con dicho asunto, corresponden a los fiscales delegados (art.10.2 Reglamento (UE) 2017/1939).

⁷¹³ La LO 9/2021 proclama el carácter independiente de la Fiscalía Europea al proclamar que se trata de un: “órgano dotado de plena independencia orgánica y funcional, con potestad para elaborar y aprobar su propio reglamento interno”, siendo sus principios básicos de actuación los de legalidad y proporcionalidad en sus actividades (art. 5.2 Reglamento), actuando con imparcialidad y recabando pruebas tanto inculpatorias como exculpatorias (art. 5.4), sin retrasos injustificados (art. 5.5) y con espíritu de cooperación leal en todas sus actuaciones y relaciones (art. 5.6).

⁷¹⁴ Art. 6.1 Reglamento (UE) 2017/1939 fija que “La Fiscalía Europea será independiente. El Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, los Fiscales Europeos Delegados, el Director Administrativo y el personal de la Fiscalía Europea actuarán en interés de la Unión en su conjunto, según se defina en la legislación, y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona ajena a la Fiscalía Europea, de ningún Estado miembro de la UE o institución, órgano u organismo de la Unión en el desempeño de sus obligaciones con arreglo al presente Reglamento. Los Estados miembros de la UE y las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones.”

Ello no significa que la Fiscalía Europea no tenga que rendir cuentas de su actividad, sino que debe hacerlo ante las instituciones europeas: Parlamento, Consejo y Comisión, debiendo presentar informes anuales de sus actividades generales (art. 6.2 Reglamento (UE) 2017/1939). Esta independencia no supone, tampoco, que el Tribunal de Justicia, a instancia de Parlamento, Consejo o Comisión, no pueda cesar al Fiscal General Europeo o demás fiscales, en casos tasados de incapacidad o faltas graves (arts. 14.5 y 16.5 Reglamento (UE) 2017/1939).

Por consiguiente, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica respecto al FG español, criterios rectores de su actuación (art. 124.2 CE), no rigen para quien ostente el cargo de Fiscal europeo, puesto que la Fiscalía Europea goza de independencia orgánica y funcional diferenciada.

No obstante, en el ámbito de la propia Fiscalía Europea rige su propio principio de jerarquía. Los fiscales delegados en cada estado miembro de la UE, pueden recibir órdenes de las Salas Permanentes y de los fiscales europeos, según se recoge en los arts. 10.2 y 12.3, respectivamente. En el primer caso dentro de las funciones de supervisión y dirección de las investigaciones y acusaciones efectuadas por aquéllos, y en segundo, al referirse a los fiscales europeos supervisores, se les reconoce la facultad de impartir instrucciones para casos concretos⁷¹⁵.

También el art. 13.1.2 Reglamento (UE) 2017/1939, al regular los fiscales europeos delegados, alude al mismo principio jerárquico.⁷¹⁶

Con la implementación de la Fiscalía General Europea, operada por la LO 9/2021, se configura en España un modelo bifronte de fiscal, toda vez que coexistirán el propio del órgano constitucional español junto con la figura del Fiscal delegado europeo - regulado por el Reglamento (UE) 2017/1939, su Reglamento interno (2021/C 22/03) publicado en el Diario Oficial de la UE el 21 enero 2021, y la LO 9/2021, de 1 de julio, y, sólo supletoriamente por normas de derecho interno español-. La naturaleza diferenciada de cada órgano queda reflejada en las modificaciones efectuadas por las disposiciones finales de la LO 9/2021, que introduce el epígrafe “Del Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea” en la LOPJ, o el inciso final del art. 24.1 CP, que al definir a efectos penales el concepto de autoridad y enunciar algunos de sus titulares, añade “ tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea” (D.F.2ª número 10 y DF 4ª número 1, respectivamente).

⁷¹⁵ El art. 12.3 Reglamento (UE) 2017/1939 contempla que los fiscales europeos supervisores podrán: “(...) en un caso concreto y de conformidad con el Derecho nacional aplicable con las órdenes dictadas por la Sala Permanente competente, dar instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado, siempre que sea necesario para la gestión eficiente de la investigación o el ejercicio de la acción penal o en interés de la justicia, o para garantizar el funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea.”

⁷¹⁶ El art. 13.1 Reglamento (UE) 2017/1939 afirma en su segundo párrafo que los fiscales europeos delegados “(...) en el desarrollo de las investigaciones y acusaciones que aquéllos efectúan seguirán la dirección e instrucciones de la Sala Permanente a cargo del caso y las instrucciones del Fiscal Europeo supervisor”. El sentido con el que hay que entender esta dependencia jerárquica, tal como ocurre en la esfera del derecho estatal, no es otro sino el de servir de herramienta para poder mantener la unidad de actuación, o “funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea” en terminología del propio Reglamento (art. 12.3).

3.3.5.4. Estructura y funcionamiento de la Fiscalía Europea en España.

La caracterización, como órganos diferenciados, de la Fiscalía europea y la española, conlleva que cada uno sólo pueda actuar en su ámbito, de manera que ni la Fiscalía Europea puede actuar en investigaciones incoadas y tramitadas en juzgados o tribunales españoles, ni la Fiscalía española en un procedimiento europeo. Las cuestiones a dilucidar en relación a las conexiones entre ambas fiscalías pasan, por tanto, por la determinación del órgano competente para conocer el delito, el régimen sobre la práctica de las diligencias de investigación, y el de comunicaciones entre ambas. Para estudiar y resolver cada una de estas cuestiones, hay que valerse de tres principios del Derecho europeo: competencia, primacía y cooperación, respectivamente.⁷¹⁷

La aplicación del principio de competencia determinará a qué órgano corresponde el conocimiento de la infracción penal. Cuando la autoridad judicial, fiscal o policial de un estado miembro tenga conocimiento de la comisión del delito, o cuando en el desarrollo de su investigación, se considere que pudiera tratarse de un delito que perjudique los intereses financieros de la UE, la Fiscalía Europea tendrá que ser informada para que ejerza en su caso su derecho de avocación (art. 24.2 Reglamento (UE) 2017/1939). En igual sentido, si es la Fiscalía Europea quien tiene conocimiento, por vía diferente a la expresada, de la existencia de una investigación en curso que podría corresponder a un delito de los de su competencia, informará a la autoridad del Estado miembro, y podrá llevar a cabo la avocación del asunto (art. 27.3 Reglamento (UE) 2017/1939). Es decir, tanto si es informada, o recibe por otro conducto la información, en cualquier caso, si la Fiscalía Europea se considera competente para conocer infracciones penales que perjudican los intereses financieros de la UE, puede ejercer su derecho de avocación con carácter obligatorio para las autoridades nacionales. Siendo pues ésta la regla general no está, sin embargo, exenta de excepciones según las cuales la autoridad competente para el conocimiento será la del estado miembro: éstas se encuentran contempladas en el art 25.6 Reglamento (UE) 2017/1939, tratándose de un listado de ciertos delitos en que la Fiscalía Europea viene obligada a asumir la decisión que sobre la investigación tomen las autoridades del Estado miembro. Este artículo se remite a los arts. 22.2 o 3 y 25.2 o 3 Reglamento (UE) 2017/1939, para definir de cuáles se trata. Sustancialmente, se refieren a la participación en organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI (art. 22.2 Reglamento (UE) 2017/1939), delitos conexos a los propios de la Fiscalía Europea⁷¹⁸, contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 (art. 22.3 Reglamento (UE) 2017/1939) y aquellos cuya cuantía sea inferior a 10.000 euros (art. 25.2 Reglamento (UE) 2017/1939).⁷¹⁹

⁷¹⁷ El fiscal ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, “El Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia de su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9/2020, aborda en este trabajo la compleja trabazón entre las dos fiscalías. En el mismo ejemplar, SEGURA RODRIGO, MYRIAM, “El proceso penal español en que interviene la Fiscalía Europea”.

⁷¹⁸ El complejo sistema de los delitos conexos de la Fiscalía Europea es tratado por MORENO CATENA, VÍCTOR, *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*, op.cit. pp. 42-46.

⁷¹⁹ El art. 25.2 Reglamento (UE) 2017/1939, establece “Cuando un delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22 cause o pueda causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión cuya cuantía sea inferior a 10.000 EUR, la Fiscalía Europea únicamente podrá ejercer su competencia cuando: a.-) el asunto tenga repercusiones a escala de la Unión que requieran que la Fiscalía Europea lleve a cabo una investigación, o b.-) funcionarios u otros agentes de la Unión o miembros de las instituciones de la Unión sean sospechosos de haber cometido el delito. La Fiscalía Europea consultará, según proceda, a las autoridades nacionales u órganos de la Unión competentes, a fin de establecer si se cumplen los criterios establecidos en las letras a) y b) del párrafo primero”.

Ahora bien, la Fiscalía Europea se abstendrá en ciertos supuestos de ejercer su competencia en favor de las fiscalías estatales según regula el art. 25.3 Reglamento (UE) 2017/1939.⁷²⁰

La LO 9/2021 ha traspuesto estas previsiones en su art. 9, que regula las cuestiones de competencia, distinguiendo si el conflicto se produce entre la Fiscalía española y la europea, designando, en tal caso, al titular de la FGE como el competente para decidir sobre si los artículos del Reglamento citado son los aplicables a la investigación concreta (art. 9.1)⁷²¹. Si la discrepancia se suscita entre la Fiscalía Europea, y el órgano judicial que estuviera llevando la instrucción el régimen es diverso.⁷²²

A diferencia del ordenamiento jurídico español, en que los conflictos de competencia se caracterizan por ser resueltos por un órgano imparcial y superior a los discrepantes, la opción elegida por el Reglamento europeo atribuye dicha facultad a uno de los dos órganos citados según las circunstancias previstas, bien la Fiscalía Europea o bien la autoridad nacional. En casos especialmente dudosos, tanto la Fiscalía nacional como la europea, o en su caso la Sala II del TS, pueden plantear una cuestión prejudicial al respecto.⁷²³

⁷²⁰ Se trata del caso de delitos competencia de la Fiscalía Europea, pero en que la pena máxima contemplada en la legislación nacional para tal delito sea igual o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisolublemente vinculado (conexo) a que se refiere el artículo 22, apartado 3 Reglamento (UE) 2017/1939, salvo en caso de que este último delito haya sido instrumental para cometer el delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1 Reglamento (UE) 2017/1939, o si existe algún motivo para suponer que el perjuicio causado o que puede causar a los intereses financieros de la Unión un delito de los mencionados en el artículo 22 no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima. (art. 25.3 Reglamento (UE) 2017/1939).

⁷²¹ Los problemas que puede causar la asignación de la investigación en el ámbito de la Fiscalía europea no se han hecho esperar: como ha ocurrido recientemente en nuestro país, con ocasión de un conflicto de competencias entre la Fiscalía Española y la Europea, con sede en Luxemburgo. La decisión de la FG española, Dolores Delgado, de dividir la investigación referente a un presunto caso de corrupción (malversación por la compra de mascarillas), en dos, ha sido criticada por el órgano europeo que ha reprochado a la FG española falta de imparcialidad ya que, siendo la superior jerárquica del órgano investigador, tomó la decisión sin consultarla previamente con la Fiscalía Europea. La investigación española se seguiría por afectar, supuestamente, a la Administración Pública de este país y sería llevada a cabo por la Fiscalía Anticorrupción (cuyo titular es Alejandro Luzón), mientras que la europea versaría sobre el uso de los fondos europeos FEDER implicados en el acto investigado (la actual fiscal delegada española es Concepción Sabadell). La Fiscalía Europea calificó de “desafío” la decisión de la FGE española, no considerándola ajustada al Derecho europeo, al juzgar que su competencia es preferente por tratarse de un posible delito relacionado con fraude a intereses financieros de la UE. Según la Fiscal General Europea, Laura Codruta Kovesi, lo procedente hubiese sido elevar cuestión prejudicial al TJUE, habiéndose sustituido esta medida, sin embargo, por la decisión unilateral de la FG española. La postura de ésta se basó en la interpretación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo (desarrollado en este punto en el art. 9 de la LO 9/2021, de 1 de julio, española) que deja a disposición de las autoridades nacionales la resolución de la discrepancia, es decir, residenciando la toma de la decisión en la propia titular de la FGE en los términos previstos en el EOMF y tras escuchar a la Junta de Fiscales de Sala; habiéndose mostrado este órgano de forma prácticamente unánime conforme con la división de la causa. El juez de garantías asignado al caso es el Magistrado de la Audiencia Nacional Alejandro Abascal.

<https://www.lavanguardia.com/politica/20220330/8162720/fiscalia-europea-ve-division-causa-contrato-hermano-ayuso-ajustada-legislacion-ue.html>

https://www.elconfidencial.com/espana/2022-03-30/fiscalia-europea-delgado-desafiar-caso-ayuso_3400164/

https://www.eldiario.es/politica/fiscalia-europea-carga-dolores-delgado-seguira-investigando-contrato-hermano-ayuso_1_8873419.html

⁷²² En tal caso se tramitará como una cuestión de competencia cuya resolución corresponderá a la Sala de lo Penal del TS, previo informe del Ministerio Fiscal (art. 9.2 LO 9/2021).

⁷²³ El art. 42 Reglamento (UE) 2017/1939, al tratar del control jurisdiccional a que se encuentran sometidos los actos de la Fiscalía Europea, alude a la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial respecto a “la interpretación de los artículos 22 y 25 del presente Reglamento en relación con cualquier conflicto de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales competentes” (art. 42.2 c) Reglamento (UE) 2017/1939).

El Título I de la LO 9/2021 (arts. 4-13) establece el marco general de las funciones y principios de actuación de la Fiscalía Europea en el territorio nacional. La labor de los fiscales europeos delegados será la de investigar y ejercitar la acción penal por delitos que perjudiquen los intereses financieros de la UE, en una serie de tipificaciones que enumera (art. 4.1 y 2 LO 9/2021).

El Reglamento (UE) 2017/1939 se refiere a la forma de llevar a cabo las investigaciones, que deberá ser respetuosa con los derechos fundamentales, los principios de legalidad y proporcionalidad, con prevalencia de las disposiciones del Reglamento sobre la normativa nacional, sin retrasos injustificados, y, lo que constituye una garantía de su objetividad y desinterés personal en el caso, “de forma imparcial y buscará todas las pruebas pertinentes tanto inculpatorias como exculpatorias” (art. 5.4 Reglamento (UE) 2017/1939). En relación al régimen de la práctica de la prueba encomendada a los fiscales europeos delegados, el Reglamento (UE) 2017/1939 permite a éstos realizar las investigaciones por sí o por medio de las autoridades competentes.⁷²⁴

No queda claro si el término “autoridades competentes” que el Reglamento (UE) 2017/1939 utiliza para designar a aquellos a quienes el fiscal delegado europeo podría encomendar la investigación penal, englobaría a jueces y fiscales. Una lectura de algunos considerandos del mismo, particularmente del 62, da a entender que, incluso cualquier autoridad judicial podría considerarse comprendida en tal categoría. Sin embargo, la LO 9/2021 española recoge expresamente la prohibición de los fiscales delegados europeos de dar instrucciones a los miembros del Ministerio Fiscal (art. 5.3 LO 9/2021), exigiendo que, en caso de requerir su colaboración tendrán que dirigirse a la FGE. Las relaciones entre ambas fiscalías, europea y española, deben estar guiadas por el deber de cooperación.⁷²⁵

⁷²⁴ Establece el art. 28.1 Reglamento (UE) 2017/1939 que el fiscal europeo delegado (...) “podrá, de conformidad con el presente Reglamento y con el Derecho nacional, bien emprender medidas de investigación u otras medidas por iniciativa propia, bien encomendárselas a las autoridades competentes de su Estado miembro (...)” A su vez, el art. 5 LO 9/2021 trata sobre las atribuciones de los Fiscales europeos delegados para el cumplimiento de sus funciones refiriéndose a “autoridades de cualquier clase y sus agentes”, “funcionarios, organismos o particulares” así como a la Policía Judicial, de quienes podrá aquél requerir el auxilio.

⁷²⁵ Este principio viene recogido en el art. 5.6 Reglamento (UE) 2017/1939, como uno de los básicos que inspiran la actuación de la Fiscalía Europea, expresando que “las autoridades nacionales competentes asistirán y respaldarán activamente las investigaciones y acusaciones de la Fiscalía Europea. Todos los actos, estrategias o procesos a que se refiere el presente Reglamento se guiarán por el principio de cooperación leal”. Esta cooperación leal se manifiesta, particularmente, en los deberes de comunicación e información recíprocos de ambos órganos, mecanismo esencial para el buen funcionamiento de la Fiscalía Europea, puesto que, sin un intercambio de información amplio y constante, no se garantizaría la eficacia en la persecución del delito. Este deber se plasma en los art. 24.1 y 9 Reglamento (UE) 2017/1939, y su correlato en los arts. 13 y 22 de la LO 9/2021, que abordan el régimen general de comunicaciones y consultas, y la comunicación entre autoridades, respectivamente.

3.4. Justicia restaurativa en los proyectos de reforma: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, Borrador de Código Procesal Penal de 2013, y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

3.4.1. Introducción.

3.4.1.1 Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los últimos años y situación actual.

La LECr de 1882, a pesar del gran avance que supuso en los años de su promulgación, como se ha tenido ocasión de ver en páginas precedentes, ha experimentado desde entonces innumerables reformas, la mayor parte de ellas tras la instauración de la democracia con la CE. Éstas vinieron motivadas por la necesidad de constitucionalizar el texto procesal, pero también por la de trasponer la normativa europea sobre la materia, así como el contenido del CEDH. Sin embargo, a diferencia de las profundas reformas que tuvieron lugar en los textos procesales penales europeos en los últimos años del siglo XX, el español siguió manteniendo el modelo acusatorio formal o mixto. La herramienta procesal española, consecuentemente, se puede entender homologable a las de nuestro entorno europeo, pero con una serie de carencias importantes que avocan a su sustitución, como tendremos ocasión de exponer.

La situación de la Administración de Justicia en España se caracteriza por una gran litigiosidad en todos los órdenes jurisdiccionales, añadiéndose en el caso de la penal, la irrupción de nuevas formas de criminalidad organizativamente sofisticadas, así por como el surgimiento de modalidades delictivas complejas de tipo económico, urbanístico, administrativo, medioambiental, o tecnológico,⁷²⁶ que justifican la necesidad de reformar el viejo sistema procesal penal para dotarlo de agilidad y eficacia. Por ello, el Estado se ve impelido a cambiar este orden de cosas, como ha puesto de manifiesto en diversos instrumentos normativos de los últimos años: por ejemplo, la Memoria de impacto normativo elaborada como consecuencia de la tramitación parlamentaria del ALECr 2020, expone de forma muy condensada los propósitos a obtener por medio del Anteproyecto⁷²⁷, que se pueden compendiar en los siguientes objetivos: la consecución del nuevo paradigma procesal moderno, de corte

⁷²⁶ El advenimiento de la era digital y su relación con la delincuencia es tratado por SANCHIS CRESPO, CAROLINA, VELASCO NÚÑEZ, ELOY, *Delincuencia informática, tipos delictivos e investigación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 253-260, poniendo de manifiesto la enorme complejidad que supone que cualquier interacción social tenga su reflejo en el mundo digital, creando una suerte de dos escenarios paralelos donde el delito puede operar. Investiga también las implicaciones del *Big Data* que van creando un perfil de todos los usuarios de las tecnologías digitales, un nicho muy susceptible de ser atacado por la cibercriminalidad a escala individual, o incluso colectiva, con peligro para infraestructuras críticas. En sentido contrario, el formidable intercambio de información y su interceptación legítima supone una valiosa herramienta de lucha contra el crimen mediante la investigación tecnológica, que el Legislador español reguló e implementó mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr.

⁷²⁷ La Memoria de impacto económico del ALECr 2020 aludida enumera los siguientes objetivos del texto prelegislativo; “1. Dar respuesta a la demanda histórica de superar el paradigma procesal penal decimonónico e implantar en España un modelo moderno y avanzado de proceso penal, reforzando el principio de imparcialidad judicial y el derecho de defensa. 2. Armonizar nuestro modelo procesal con el paradigma contemporáneo que hoy rige, con muy escasas excepciones, entre los países de nuestro entorno y que ha seguido la regulación de la Fiscalía Europea. 3. Regular las más avanzadas técnicas de investigación contra el crimen que aún no tenían acomodo en nuestro ordenamiento. 4. Reforzar los derechos de las víctimas y de las personas vulnerables necesitadas de especial protección, así como abordar los problemas de la persona encausada en situación de discapacidad. 5. Introducir de forma reglada el principio de oportunidad.”

adversativo⁷²⁸, la regulación de nuevas técnicas de investigación, la protección a las víctimas y la introducción del principio de oportunidad reglado.

A la antedicha circunstancia, ya de por sí grave, hay que añadir la tradicional lentitud de la Administración de Justicia en España, que puede calificarse de endémica.⁷²⁹ El reciente ALECr 2020 se hace eco de la situación y en su EM marca la necesidad de agilizar la Administración de Justicia, perfilándose como uno de los objetivos básicos de la reforma junto con la pretensión de que el juez ocupe la situación que le corresponde, según la dicción constitucional de su cometido, constituyéndose en tercero imparcial en el proceso, afianzando de esta manera el mayor fortalecimiento del derecho de defensa.

3.4.1.2. Dilaciones indebidas como motivo de la necesidad de la reforma procesal penal.

Antes de analizar dos de los hitos más importantes en torno a los cuales giran las reformas del futuro proceso penal español, conviene hacer un breve análisis de una cuestión que tiene una relación directa con aquellos, ya que, uno de los objetivos más perentorios de la reforma procesal penal es solucionar la dilación indebida de los procedimientos.

El CEDH proclama, en su art. 6.1, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable (...)”. En iguales términos se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966,

⁷²⁸ El modelo procesal penal norteamericano tiene una indudable influencia en Europa, y España no es ajena al fenómeno. A modo de recapitulación sobre el estudio del sistema procesal penal norteamericano, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Enseñanzas para una futura reforma española”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica, op.cit.*, pp. 482-493, tras repasar las principales características de aquel, apunta a la indudable fuerza atractiva que tiene en Europa y Latinoamérica, e indaga de qué forma se pueden extraer aportes positivos para la reforma procesal en nuestro país, mejorando el proceso vigente para aproximarlo al modelo acusatorio. El autor plantea la cuestión en términos de adaptación de aprendizajes del sistema adversarial norteamericano para traspasarlos al sistema acusatorio formal europeo continental. En Norteamérica, el sistema adversarial pone el foco del proceso en la celebración de juicio justo, en Europa sigue siendo objetivo primordial averiguar la verdad, encontrar y castigar al culpable; y ello, para la mentalidad norteamericana, rezuma un sesgo inquisitivo. A pesar de las diferencias, a juicio del autor, los sistemas democráticos van convergiendo, siendo claro en el caso de la conformidad, común en todos los sistemas. Ciertas características del sistema americano no tendrían por qué ser importadas pues ya son vigentes (su *Due process of Law*, equivale al reconocido en el art. 24.2 CE, y el *Fairness* -en su doble manifestación de *Fair Trial*, y *Fair Court*-, es sinónimo del derecho al proceso justo entre partes iguales ante un tribunal imparcial). En relación con las diferencias esenciales entre sistemas y la reforma procesal en España, el profesor aborda el principio acusatorio, parte esencial del modelo procesal español, pero no norteamericano, donde simplemente es una regla implícita de actuación y, seguidamente, estudia el conjunto de garantías esenciales del proceso, donde el sistema español no tiene nada que envidiar a aquel país -incluso en algún aspecto es un régimen mejor- y, por tanto, nada que importar. Sin embargo, el hecho de la ausencia de juez instructor y el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del fiscal estadounidense, sí son circunstancias a tener en cuenta en el cambio procesal español. En consecuencia, el primer problema será configurar el Ministerio Fiscal dotándolo de autonomía y desvinculándolo del Ejecutivo en la medida de lo posible. El segundo, encomendar la investigación oficial a este órgano. En tercer lugar, otorgar más relevancia al principio de oportunidad, y, finalmente, cotejar momentos relevantes del proceso norteamericano con el español para extraer aportaciones de los mismos, siempre que no sean inconstitucionales o contraproducentes. En consecuencia, concluye el autor, hay que sustituir la LECr por otra de carácter adversarial, asimilando tan sólo del norteamericano lo que suponga un avance, pero conservando el patrimonio procesal propio más beneficioso, con actos acusatorios bien estructurados al proceso, simplificando éstos -uno ordinario y otro rápido-, encargando la instrucción a un órgano independiente (si el Ministerio Fiscal no lo es, que siga siéndolo el Juez instructor, sostiene GÓMEZ COLOMER) y la sentencia, que sería impugnabile, al juez.

⁷²⁹ Ya la EM de la LECr de 1882, frecuentemente señalada como un ejemplo de pulcro estilo jurídico, aludía a esta situación al considerar que “es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto del fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio”. La lentitud de la Administración de Justicia es, entre diversos motivos de queja de los ciudadanos, el más señalado por éstos, según recoge la memoria del CGPJ de 2020. Al igual que en el año 2019, en el 2020, los motivos con más número de quejas fueron los referidos al “derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten y a conocer las causas de los retrasos”, que acapara el 48,19% (3.572) p. 61. En iguales términos, el motivo de queja más común entre las diligencias informativas tramitadas por el CGPJ fue el de retraso (259 frente a la siguiente en número, 176, disconformidad en las resoluciones) p. 78.

que proscribe las dilaciones indebidas en su art. 14.3. La jurisprudencia del TEDH ha sido profusa en resoluciones acerca de las dilaciones.⁷³⁰

La responsabilidad del Estado por las consecuencias perjudiciales del retraso se traduce en indemnizaciones, o en un mecanismo compensador de su culpabilidad, como es la atenuante de dilaciones indebidas. El TS español asumió, después de una etapa en que se remitía a otras vías para indemnizar los retrasos judiciales, la reducción de la condena con efecto compensatorio, a través de la atenuante analógica, señalando que los efectos perniciosos del proceso penal (en forma de privación de derechos fundamentales) en el encausado son, en cierta medida, un adelanto de la pena y como tal tiene que considerarse. Dicha doctrina se materializó en la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, que incluyó la reforma específica del art. 21. 6ª CP⁷³¹, introduciendo el concepto de dilación “extraordinaria e indebida”, otorgando a la misma aquella consecuencia. Ahora bien, la propia EM de la LO 5/2010, de 22 de junio, exigía que el carácter de la dilación fuera extraordinario y no viniese justificado por la complejidad de la causa, o fuera atribuible al comportamiento del imputado.

No es una cuestión pacífica la determinación de qué se considera plazo razonable. Partiendo de la base de que se trata de un concepto jurídico indeterminado, hay que tener en cuenta para determinarlo, una serie de variables objetivas relativas al caso concreto de que se trate, así, la complejidad del asunto, la duración normal de litigios similares, el interés que se esté dilucidando en el proceso o el comportamiento procesal de los litigantes, además de que se haya dado al tribunal la oportunidad de corregir su comportamiento para evitar o corregir la lesión.⁷³²

La instrucción española resulta, en general, muy larga y en buena medida tiene que ver con la pervivencia de elementos inquisitoriales en el proceso que perturban los derechos fundamentales. Una duración extremada del proceso supone una injusticia y es contraria los principios de proporcionalidad e, incluso, lesiona la propia dignidad personal. La instrucción no

⁷³⁰ A título de ejemplo cabe citar, el asunto *Serrano Contreras vs España* de 2012, (Demanda nº 49183/08 STEDH) que QUISPE REMÓN, FLORABEL, “España y la violación del proceso debido”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 64/2012, analiza en la sentencia correspondiente. El Tribunal Europeo rechaza la alegación española de sobrecarga de trabajo en los juzgados para declarar la vulneración a un proceso sin dilaciones indebidas en violación el art. 6.1 del Convenio; la organización judicial adecuada para evitar dichas dilaciones corresponde a cada estado miembro, pero no es excusa para justificar el retraso en la resolución de un caso. Un estudio de otros asuntos en que el Estado español ha sido condenado por dilaciones indebidas en este tribunal es acometido por DELGADO DEL RINCÓN, LUIS EDUARDO, “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”. *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42/2018. En realidad, la expresión “dilaciones indebidas”, desde el punto de vista jurisprudencial europeo y español, señalan, RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO y CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva; análisis jurisprudencial. op.cit.*, pp. 375-382 es un concepto abierto o indeterminado *a priori*, que pivota entre la necesidad del tiempo que se precisa para realizar la tarea administrativa que siempre tiene la actividad jurisdiccional, y la necesidad de que éste sea lo más breve posible, citando abundante jurisprudencia del TC y del TEDH al respecto.

⁷³¹ El texto se expresa de la siguiente manera: “6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”

⁷³² La STS 181/2017, de 19 de enero, (ES:TS:2017:1068), resume estos elementos a considerar para apreciar la existencia y naturaleza de la dilación. En iguales términos STS 990/2013, de 30 de diciembre, (ES:TS:2013:6695). La estimación de lo que puede suponer un plazo razonable la aborda la STS 985/2016, de 19 de diciembre, (ES:TS:2016:5468), al estimar la concurrencia de la modalidad muy cualificada de la atenuante al contraponer la resolución de un caso “extremadamente sencillo” con un procedimiento extendido por más de seis años y tiempos injustificables de paralización para resolución de recursos o la repetición de una sentencia declarada previamente nula.

puede durar más de lo estrictamente necesario, bien para archivar el expediente o bien para abrir el juicio oral, pero no permanecer inactivo y al mismo tiempo abierto.

El problema se ha tratado de solucionar con una muy poco realista regulación sobre los plazos procesales, fijando éstos en lo que se considera razonable, pero sin incidir en absoluto en las razones de las dilaciones, una suerte de precios tasados de los alimentos en épocas de carestía, si se permite el símil. Ya desde la promulgación de la LECr vigente se optó por esta falsa solución, considerándose que, como el plazo de instrucción tenía que ser razonable, resultaba una buena idea fijarlo de forma expresa. Así se reguló en el art. 324 LECr, que estableció el plazo de un mes para los sumarios, aparejando una serie de cautelas para su pronta finalización.⁷³³ Se trataba de un plazo del todo irrealizable, y que fue sistemáticamente ignorado en la práctica judicial, debido a su tradicional carencia de medios y a la insuficiencia de la ley procesal en su conjunto. Algún autor ha apuntado, incluso, a la interferencia que unos plazos rígidos de instrucción suponen para la independencia judicial que no se puede ver mermada por la compulsión de aquellos.⁷³⁴ En el caso de la instrucción por el fiscal, su eventual tardanza en la investigación podría evitarse con la existencia de un recurso ante el juez de la instrucción -caso portugués e italiano- para tratar de agilizar la investigación.

La idea del establecimiento de unos plazos de instrucción no puede, sin más, ser desechada, porque resulta razonable y una garantía para la tutela judicial efectiva. Sin embargo, precisa de matizaciones importantes. En el caso de que, finalmente, termine instaurándose el fiscal investigador, resultará preciso que el plazo no rija solo para él, sino para todos los implicados en la investigación (peritos, medios auxiliares, administraciones públicas, comunicaciones, comisiones rogatorias...) e, incluso, que se le otorguen al fiscal investigador atribuciones para vigilar y sancionar administrativamente dilaciones de organismos auxiliares de la investigación (policía judicial, médicos forenses, peritos, y demás organismos públicos o privados). Por ahora, y hasta la eventual entrada en vigor del ALECr 2020 o reformas en la materia, la regulación actual, como se verá, ha optado por establecer un plazo de instrucción máximo genérico de 12 meses desde la incoación de la causa, pero con posibilidad de prórrogas, teóricamente ilimitadas, hasta obtener la finalidad de la instrucción.⁷³⁵

La determinación concreta de la duración de los plazos no es una cuestión sencilla: para arrojar luz sobre la cuestión puede acudir al derecho comparado y comprobar sistemas donde rige esta regulación. El CPP italiano establece un plazo ordinario de 6 meses (art. 405 CPPI) y

⁷³³ Establecía el art. 324 LECr :“cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el secretario judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión. Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos, sobre el estado y adelantos de los sumarios”.

⁷³⁴ Esta idea, que, ciertamente, llevada a sus últimas consecuencias es verdadera, es expuesta por GIMENO SENDRA, VICENTE, *La reforma de la LECr y la posición del Ministerio Fiscal*, op.cit. pp. 90-91.

⁷³⁵ Por otra parte, el plazo previsto para la duración de las diligencias de investigación del fiscal (art. 5 EOMF) está sometido en relación de proporcionalidad con la naturaleza del hecho investigado sin que pueda exceder de seis meses (doce en casos a cargo de la Fiscalía especial contra la Corrupción y la Criminalidad organizada) , salvo prórroga motivada del FG, expone DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal como director de la investigación y como parte acusadora del proceso penal”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, op.cit., p. 167. Sobre este plazo versa el trabajo de AZAUSTRE RUIZ, PABLO, “Diez conclusiones sobre el límite temporal de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020: propuestas de mejora (I)”, *Diario La Ley*, núm. 10019/2022.

otro extraordinario, para ciertos delitos, de 18 meses (art. 407 CPPI)⁷³⁶. El Anteproyecto de LECr 2011, en su EM, apartado LII, residencia la celeridad procesal en la diligencia de los órganos de investigación, pero olvida que, sin dotar de capacidad de control al fiscal sobre los órganos colaboradores y sin que los plazos sean vinculantes para todos los que de alguna manera intervienen en la investigación, de poco sirve tal previsión. En su art. 481 dispuso un plazo general de 12 meses desde la primera comparecencia de la persona investigada en la fiscalía, estableciendo uno más extenso de 18 meses cuando las investigaciones las lleven a cabo las Fiscalías de la Audiencia Nacional o Especiales. No obstante, preveía unas prórrogas en su art. 483 acordadas por el juez de garantías.

El art. 324 LECr⁷³⁷, tras su última reforma por Ley 2/2020, de 27 de julio, establece el plazo de instrucción vigente en la actualidad, tras el fracaso que supuso su anterior redacción, eliminando entre otros particulares, el contrasentido de que fuera el fiscal el encargado de solicitar la prórroga cuando no le corresponde la instrucción, además de no dotar de ninguna mejora estructural de implemento de medios materiales o facultades al fiscal en la investigación. Se trataba una incoherencia que el fiscal, que perfectamente podía desconocer la investigación incoada, tuviese que pedir la prórroga de la misma, o que el juez, que se encargaba de ella, careciese de capacidad para prorrogarla.⁷³⁸ La actual redacción deja dicha decisión al juez, oídas las partes, y rechaza plantear un límite máximo de instrucción posibilitando sucesivas prórrogas de seis meses, razonadas y motivadas, pero sin más limitación temporal que el genérico cumplimiento de la finalidad de la instrucción, momento en que se concluirá ésta.

Las causas de las dilaciones indebidas en la Administración de Justicia penal son una fuente inagotable de discusión en la doctrina, pero a pesar de ciertas diferencias o visiones de la cuestión, se han identificado una serie de carencias de tipo estructural relativas al proceso y otras de índole, en el fondo, económicas. Entre las primeras la doctrina ha apuntado a varias, siendo la primera la existencia de partes acusadoras, una peculiaridad, como se vio, del proceso penal español.⁷³⁹ Según algunos autores⁷⁴⁰ las causas de las dilaciones indebidas tienen su

⁷³⁶ El informe sobre sistemas judiciales europeos del Consejo de Europa del año 2014, expone que el sistema de plazos no es garantía en sí mismo de una mayor celeridad en la tramitación. Países como Italia tienen establecido dicho sistema (CPP art. 405 y 407), siendo uno de los más ineficaces en esta materia al comparar los tiempos medios de tramitación de los delitos en los sistemas procesales penales europeos.

⁷³⁷ Artículo 324 LECr: “1. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa. Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses. Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada. 2. Las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras la expiración del mismo. 3. Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha. 4. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda.”

⁷³⁸ El problema se resolvía en la práctica con la remisión para informe sobre ese particular del juez de instrucción al Ministerio Fiscal, aunque nada hubiese impedido que uno poco diligente prescindiese de tal diligencia.

⁷³⁹ La consecuencia más clara, aunque no la única, de la crisis del sistema penal, son las dilaciones indebidas. A ello se refiere el trabajo de ESPÍN LÓPEZ, ISIDORO, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la práctica judicial española”, *Anales del Derecho*, núm. 2/2017, lo achaca a un problema de tipo estructural de la Administración de Justicia: alta litigiosidad, vetustez de la norma procesal penal, y falta del suficiente esfuerzo presupuestario. Las dilaciones indebidas, en muchos casos, en la mayoría nos atreveríamos a decir, demuestran un mal funcionamiento de la Administración de Justicia: a éste se refieren, desde su vertiente constitucional, RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva*,

origen en tres circunstancias peculiares del proceso español: pluralidad de partes acusadoras, sistema de recursos y la extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito. La peculiar acción popular española, consagrada constitucionalmente (art. 125 CE “los ciudadanos podrán ejercer la acción penal”), sin parangón en el Derecho comparado, es un factor relacionado con las dilaciones indebidas. Es evidente que el número de actores en el proceso penal tiene relación directa con la celeridad que se pueda imprimir a aquél. También incide para este efecto, en términos prácticos, la actitud procesal comúnmente mantenida por las acusaciones no públicas, con diversos intereses no siempre jurídicos, y que interfieren permanentemente en la instrucción.

La institución de la acusación popular⁷⁴¹ goza de una común aceptación por la doctrina, supone una expresión de la participación en la Administración de Justicia del pueblo soberano y

op.cit., pp. 392-394. En un plano más conceptual, entiende que una de las razones de la crisis es la erosión del principio de legalidad GUTIÉRREZ I ABENTOSA, JOAN MANUEL, “Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos”, *La Ley Penal*, núm. 123/2016. Sobre el agotamiento del modelo clásico de justicia penal trata también DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La justicia restaurativa penal”, *op.cit.* Haciendo alusión al Pacto de Estado para la reforma de la Justicia del año 2001, BARONA VILAR, SILVIA, *Proceso penal desde la historia*, *op.cit.*, pp. 315-316 saca a la luz algunas necesidades de la Administración de Justicia española, resumibles en la reforma del sistema procesal para dotarlo de eficiencia, celeridad y calidad, siendo precisa la promulgación de una nueva LECr, así como dotación de medios materiales y humanos suficientes para poder garantizar aquellos fines, muy especialmente, evitar las dilaciones indebidas. Analiza las medidas necesarias para superar las crisis de la Administración de Justicia penal ALTAVA LAVALL, MANUEL GUILLERMO, “Del siglo XIX al siglo XXI: una actualizada Ley de Enjuiciamiento Criminal”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *El proceso penal en la encrucijada*, *op.cit.* pp. 55-66.

⁷⁴⁰ A estas razones hace referencia BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, *op.cit.*, p. 22, para explicar las grandes dilaciones en el sistema penal español.

⁷⁴¹ La institución de la acción popular ha creado múltiples problemas aplicativos en las últimas décadas en España debido a su poca regulación y a la complejidad de las nuevas realidades sociales y económicas a las que se ha tenido que amoldar. Ha sido la jurisprudencia la que ha acomodado y perfilado su ejercicio, siendo estudiada por KHALAF REDA, ABDALLA, “La aplicación jurisprudencial de la acción popular”, *Revista La ley penal*, núm. 144/2020, dilucidando quiénes, sobre qué materia, y con qué requisitos se puede llevar a cabo. Los casos “Atutxa” y “Botín” han marcado dos importantes hitos en la materia. La doctrina sostenida en las SSTs 1045/2007, de 17 de diciembre y 54/2008, de 8 de abril, exigía que para la viabilidad de la acción popular el Ministerio Fiscal y la acusación particular mantuvieran la acusación, salvo en delitos referentes a intereses supraindividuales, aunque, aparentemente, dicha limitación sólo obra en la fase intermedia del procedimiento abreviado, no en otros ni otras fases. Como principio, existiendo posibilidad de personación del ofendido, sólo concernía a él, según esta interpretación, la persecución del delito. El ámbito subjetivo de su ejercicio resulta también problemático. El art. 125 CE otorga la legitimación “a todos los ciudadanos”, como posteriormente se repite en otras disposiciones correlativas de la LOPJ o LECr. que añaden “ciudadanos españoles”, con las excepciones previstas en los arts. 102 y 103 LECr., que no excluyen, como declaró el TC, a las personas jurídicas (sí inicialmente a las jurídico-públicas, con pronunciamientos contradictorios posteriormente). Problemáticos resultan también los requisitos formales de los arts. 270 y 208 LECr, relativos a la forma de querrela para su interposición y la prestación de fianza, muy matizados jurisprudencialmente. Por último, la legitimidad para la solicitud de la apertura del juicio oral ha sido uno de los aspectos más polémicos del ejercicio de la acción popular. La doctrina tradicional del TS fue la de admitir, incluso como única acusación, la popular. Sin embargo, este criterio cambió de forma radical cuando la STS 1045/2007, de 17 de diciembre, ES:TS:2007:8025, actuando en Pleno, declaró el sobreseimiento del caso en que el banquero Botín y otros directivos, habían resultado imputados tan solo por varias acusaciones populares, solicitando su archivo por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado que actuaba como acusación particular. No obstante, la sentencia contó con 5 votos particulares, uno de los cuales – Maza Martín- razonaba la desvirtuación que suponía la imposibilidad de acusación pública respecto al espíritu subyacente en la voluntad del legislador de no dejar en exclusiva la acción penal en manos del Ministerio Fiscal. El TS confirmó, al poco tiempo, esta doctrina en el denominado caso “Atutxa” (STS 54/2008, de 8 de abril, CENDOJ 28079120012008100056), con algunas matizaciones que han generado, incluso, dudas sobre si la segunda corrige la primera en lo relativo a la acusación particular, si bien, un entendimiento de las distintas características de los dos casos, sostiene el autor, no muestra incongruencia alguna entre ambas. En cualquier caso, la jurisprudencia sobre la acusación popular no es unívoca abarcando casos en que se ha favorecido su ejercicio con una interpretación extensiva y flexible de sus requisitos, y otras en que ésta ha sido estricta y limitadora de su puesta en práctica, siendo lo peor, según sostiene, la incongruencia y falta de unidad de las argumentaciones en uno u otro sentido, un problema que debería solucionar el Legislativo. Un estudio en relación a la problemática que ha generado el ámbito subjetivo de los legitimados para el ejercicio de la acción popular es tratado por OUBIÑA BARBOLLA, SABELA, REY MORENA, ALBA, “Algunas reflexiones sobre el futuro de la acción popular: el ámbito subjetivo”, *Diario La ley*, núm. 9670/2020. Las autoras propugnan, en relación al requisito de la nacionalidad, la inclusión de los ciudadanos de la UE entre los legitimados para su ejercicio, algo que está en manos del legislador, ya que, precisamente, ha sido el mismo quien en desarrollo del art. 125 CE ha decidido introducir dicho requisito y bien puede

un elemento de profunda raíz democrática⁷⁴². La jurisprudencia constitucional ha estimado que los obstáculos al ejercicio de la acción popular pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y ha entendido que su acceso lo es tanto para las personas físicas como jurídicas, dando este sentido al sustantivo “ciudadanos” del art. 125 CE, aunque, por otro lado, no entiende el derecho a su ejercicio como ilimitado, disponiendo el Legislador de un margen extenso para poder configurarlo.⁷⁴³ La acción popular se ha mostrado un instrumento especialmente adecuado para la persecución de determinado tipo de delitos, aquellos que, por su conexión con los poderes políticos, pudieran ser soslayados por éstos, o no perseguidos por falta de celo del Ministerio Fiscal, o, peor aun, por injerencias del poder político sobre el órgano de la acusación pública. Asimismo, se muestra muy adecuada para la persecución de otras infracciones atentatorias contra intereses sociales difusos.

La figura de la acusación particular, sin embargo, es de configuración meramente legal (arts. 106, 270, 281, 761 y 797 LECr relativos a su regulación), no constitucional. Este derecho del perjudicado en constituirse en acusación particular, como ha declarado el TC, supone un *ius ut procedatur*, no, evidentemente, a obtener una condena. El art. 776 LECr regula el ofrecimiento de acciones al perjudicado u ofendido (arts. 109 y 110 LECr). Dicho derecho ha sido configurado por la jurisprudencia, como se ha dicho, como un *ius ut procedatur*, que en sí no constituye ningún derecho fundamental singularmente previsto, por lo que se ha entendido como una manifestación del derecho fundamental a la jurisdicción.⁷⁴⁴

modificarlo. De hecho, dicha previsión se encontraba contemplada en el art. 81.2 ALECr 2011, limitada, por el contrario, solo a los ciudadanos españoles en el caso del art. 70.1 del BCPP 2013. En relación a la posibilidad de la persona jurídico-pública como legitimada para el ejercicio de la acción popular, las autoras se muestran en contra por motivos históricos, sociales, y jurídicos. Según sostienen, la mayoría de la doctrina se muestra favorable a su exclusión, en contra de las modificaciones legales estatales y autonómicas recientes que la incluyen y de la interpretación a su favor que efectúa el TC. Tanto el ALECr 2011 y el BCPP 2013, haciéndose eco de esa postura contraria, la excluyen. El citado estudio contiene, finalmente, un apartado sumamente interesante en el que realiza un pequeño estudio de campo acerca de quiénes suelen constituir las acusaciones populares y el grado de éxito que tienen en los tribunales; como resulta entendible, la mayor parte de aquellas se trata de personas jurídicas (94% de los casos), con un éxito en sus acusaciones muy coincidentes, en términos generales, con las del Ministerio Fiscal y la acusación particular. Sobre la acción popular y el BCPP 2013, trata FERREIRO BAAMONDE, XULIO, “El ámbito de ejercicio de la acción popular en el borrador de Código Procesal Penal de 2013”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, pp. 86-107.

⁷⁴² El art. 125 CE matiza, sin embargo, que su ejercicio se llevará a cabo “en la forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine” encontrándose fijada en el art. 270 LECr, “Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, si no estuvieron comprendidos en el último párrafo del 281.” y en los arts. 19.1 LOPJ y 101, 102, 270 y ss LECr.

⁷⁴³ El derecho a la acción popular es un derecho constitucional que, en una primera etapa se consideró fundamental (SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, ECLI:ES:TC:1994:34) pero posteriormente no (STS 1045/2007, de 17 de diciembre, caso Botín, VLEX 51928756). Fue la STC 241/1992, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1992:241) la que por primera vez admitió la legitimación activa para la acción popular de las personas jurídicas, siempre y cuando acreditasen un interés distinto del común y general. Posteriormente, otras resoluciones extendieron esta posibilidad las personas jurídico-públicas (SSTC 311/2006, de 28 de noviembre -BOE núm. 284, de 23 de octubre de 2006-, o 18/2008, de 31 de enero -BOE, núm. 52, de 29 de febrero de 2008-, o 67/2011, de 16 de mayo -BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011-). Dicha posibilidad ha sido criticada por suponer una suerte de “hipertrofia acusatoria” en la STC 149/2013 de 26 de febrero (VLEX 429311910). Además, a juicio de KHALAF REDA, ABDALLA, “La aplicación jurisprudencial de la acción popular”, *op.cit.*, dicha posibilidad podría vulnerar la exclusiva competencia del Ministerio Fiscal a nivel estatal para ejercer la acusación pública.

⁷⁴⁴ La STS 31/1996, de 27 de febrero, (ECLI:ES:TC:1996:31), refiriéndose a la acusación particular manifiesta en su FJ 10º: “Es cierto que nuestro ordenamiento prevé la acusación privada, por parte de los perjudicados por los hechos delictivos. Pero el derecho a la acción penal de los ciudadanos no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi*, a imponer sanciones penales con independencia de que concurran o no en cada caso las circunstancias determinantes de la pena (STC 83/1989, fundamento jurídico 2º). Por ende, la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el castigo de quienes los vulneran (art. 25.1 C.E.).”

Hay quien sostiene que, en aras a una mayor agilidad de la investigación penal, debería ser suprimida dicha figura⁷⁴⁵, considerando que los derechos de la víctima o del perjudicado quedarían defendidos por la actividad del Ministerio Fiscal. También así se conseguiría un equilibrio más perfecto entre las partes procesales que, de esta manera, obtendrían una correlación de fuerzas más acordes con el principio de igualdad de armas. Esta paridad se podría también lograr con una minoración de las facultades procesales del acusador privado, como se vio en el capítulo precedente en el caso del Derecho procesal alemán mediante la figura contemplada en la Ordenanza procesal alemana StPO, arts. 395-402, donde se regula la figura del acusador adhesivo, concurrente con el Ministerio Fiscal, pero con unas posibilidades de actuación procesal más limitadas, tales como encontrarse presente en el acto de juicio oral, dirigirse al juez, peritos o testigos, proponer prueba, hacer alegaciones, o presentar recursos (arts. 378, 24, 31, 74, 240, 401 StPO).

Eventualmente, también el principio de discrecionalidad del fiscal podría verse alterado por la existencia de una acusación particular, aunque cabría considerar la prohibición de recurso a la acusación particular al sobreseimiento acordado por el fiscal en base a aquel principio, salvo si se acordase por falta de tipicidad (art. 641.1 y 2 LECr): régimen éste que sí rige en la jurisdicción de menores.⁷⁴⁶

La acumulación de acciones civil y penal, otro instituto procesal típicamente español, y que ha sido justificado por razones de economía procesal y defensa de los intereses de las víctimas y perjudicados, se apunta como elemento que puede demorar sustancialmente la fase instructora del procedimiento. Excluir su ejercicio conjunto podría, ciertamente, descongestionar en alguna medida la jurisdicción penal, pero no en su conjunto a la Administración de Justicia ya que las reclamaciones se residenciarían entonces en la civil, produciendo posiblemente un mayor gasto en términos monetarios. Un problema relacionado con la citada acumulación de acciones es el de las costas procesales, de conformidad con los art. 243 LECr, y arts. 109 y ss CP, reside en que podrían compeler al imputado a allanarse para evitar su pago, perturbando cuando menos su derecho a no confesarse culpable (art. 24.2 CE).

Por último, la forma de practicarse la llamada prueba preconstituida y, en particular, la anticipada, han sido identificadas también como elementos que ralentizan la marcha del proceso penal. La primera de ellas, viene formada por diligencias sumariales de diferente naturaleza: informes médico-forenses, informes periciales de diversos organismos públicos, etc... En la práctica forense se consideran como tales también los emitidos por centros públicos que en el acto de juicio oral son introducidos con la fórmula dar “por reproducidos” (arts. 474 y 788.2 LECr) con su mera lectura⁷⁴⁷, salvo que alguna parte solicite la ratificación de los informes por los peritos que los han emitido o, que hayan sido impugnados. El TC ha considerado que los

Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 3º, y 128/1995, fundamento jurídico 4º)”.

⁷⁴⁵ En aras a una mayor agilidad procesal y salvaguarda de otros principios como el aludido de igualdad de armas procesales, se manifiesta GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 345.

⁷⁴⁶ Sobreseimiento en base al art. 641.1 y 2 LECr en que sí cabe el recurso, y arts.19 y 27.4 LORPM, archivo en virtud del principio de oportunidad, en que no cabe.

⁷⁴⁷ Que habitualmente suele ser soslayada según costumbre de los tribunales.

informes médico forenses iniciales, los de seguimiento y el de sanidad, tienen carácter de prueba preconstituida por cuanto no resultan, por su naturaleza, reproducibles en el acto de juicio oral, a salvo del derecho de las partes de interrogar al perito forense en relación con extremos reflejados en su informe. Igualmente, el atestado policial⁷⁴⁸ puede tener tal carácter en las partes del mismo que no son susceptibles de repetición en la vista oral, siendo introducidas en ésta mediante su reproducción por medio de la lectura para poder facilitar la contradicción. En el uso forense no resulta habitual tal lectura, soliendo darse por sobreentendido ese contenido y siendo aceptado tácitamente en los tribunales que las partes lo conocen y sobre él realizan sus interrogatorios y argumentaciones.

La prueba anticipada es aquella practicada en fase de investigación con el propósito de que tenga valor probatorio en la fase plenaria. En cierto modo, se trata más bien de una anticipación parcial del juicio oral por alguna causa justificada, que supone una excepción al principio de concentración de actuaciones. Ordinariamente, la testifical se acepta con este carácter cuando concurren los requisitos del art. 448 LECr, imposibilidad del testigo de concurrir al llamamiento para declarar por diversos motivos, practicándose en tal caso, la declaración inmediatamente asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.⁷⁴⁹ La declaración será reproducida, después, en el acto de juicio oral de la manera prescrita en el art. 730 LECr.

La exigencia de contradicción en ese momento es tan rigurosa como la propia del acto de juicio oral, según ha sostenido el TC, aunque tal material tenga que ser introducido, después, con el conjunto del acervo probatorio practicado en el plenario mediante el escrito de acusación o defensa, y nuevamente sometido a la posibilidad de debate mediante su lectura.⁷⁵⁰ En el modelo de investigación penal a cargo del Ministerio Fiscal el régimen jurídico en relación a la prueba anticipada y preconstituida no debería variar del descrito, debiéndose practicar para

⁷⁴⁸ En realidad, el atestado policial no tiene sino el valor de una denuncia. En referencia a esta cuestión y el tratamiento que el BCPP 2013 otorgaba al valor probatorio estudiado, critica BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO, "Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal", AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, p. 24, que el texto prelegal optase por mantener la vigencia del según él "uno los artículos más criticados por la doctrina," al considerar que el producto de la investigación policial, realizado por cuerpos especializados y de excelente formación técnica, sigan teniendo mero valor de denuncia.

⁷⁴⁹ El art. 448 LECr para asegurar la declaración del testigo que se ve incurso en alguna de los impedimentos que el mismo enuncia prevé que en aquella habrá de procederse de la siguiente forma: "(...) 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 le 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."

⁷⁵⁰ Las STC 140/1991, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:1991:140), y STC 141/2001, de 18 de junio, (ECLI:ES:TC:2001:141), se refieren a los actos instructorios de prueba anticipada y preconstituida estableciendo una serie de requisitos para su validez de diversa índole: material (tratarse de hechos irrepetibles en la vista oral), subjetiva (practicada por una autoridad independiente, es decir, el juez o, por razones de urgencia y en ciertas diligencias, la Policía Judicial), objetivo (garantizando el principio de contradicción), y formal (la forma de proceder al llevar a cabo la prueba anticipada debe ser igual a la del juicio oral, debiendo ser introducida en éste mediante la lectura de documentos, con contradicción). La última de las sentencias reseñadas enumera resoluciones previas que recogen estos extremos: "SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5)." Sobre los requisitos para la incorporación al juicio oral de la prueba preconstituida FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL, *Cuestiones actuales del proceso penal, op.cit.*, 2015, pp. 209-212.

garantizar los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad, ante el juez de garantías. La introducción en el plenario sería igualmente, practicada por medio de su lectura para posibilitar la contradicción.

3.4.2. Ejes de las reformas: potenciación del principio de oportunidad e investigación oficial dirigida por el Ministerio Fiscal.

3.4.2.1. Introducción.

Una visión general del proceso penal español muestra que la presencia del principio de oportunidad es muy débil en su faceta positiva. Sin embargo, la utilización de mecanismos de justicia negociada es profusa en la práctica. El art. 100 LECr establece la oficialidad de la acción penal determinando su obligatoriedad al señalar que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable (...)” lo cual, ciertamente, resulta del todo inviable. Por el contrario, el principio de oportunidad, tiene contadas manifestaciones de derecho positivo en el proceso penal español: en la jurisdicción de menores regulada en la LORPM, donde se encuentra contemplado el desistimiento por razones de oportunidad, y, en el ámbito de la justicia de adultos tras la reforma efectuada por la LO 1/2005, de 30 de mayo, de modificación del CP, donde también se introdujo este principio para los delitos leves. Existen también tipos privilegiados, en cuyo favorecimiento subyace el principio de oportunidad, tales como los arts. 376.1 y 579 bis CP, para supuestos de delitos contra la salud pública y relativos al terrorismo, respectivamente.

No obstante, la manifestación más importante del principio de oportunidad se articula por medio del instituto de la conformidad,⁷⁵¹ ampliamente utilizado y cuyo ámbito objetivo abarca cualquier tipo de delito incluso los graves. Este mecanismo es intensamente usado en los procedimientos abreviados y en los denominados juicios rápidos.⁷⁵² En el primero de estos procesos, la conformidad es posible en cualquiera de sus fases: en diligencias previas (art. 779.1.5ª LECr), en la fase intermedia (784.3 LECr), o en la de juicio oral (art. 787.1 LECr), siendo, no obstante, en esta última en la que se plasma el acuerdo bien mediante acta de conformidad, o mediante acuerdo alcanzado en la propia vista y documentado en la sentencia.

En el ámbito del enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, introducidos por la Ley 38/2002, de 24 octubre, de reforma parcial de la LECr, las conformidades encuentran un espacio especialmente abonado dada la modalidad premiada que se contempla para ellas.⁷⁵³

⁷⁵¹ La conformidad es definida por GIMENO SENDRA, VICENTE, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op.cit., pp. 453-459, como “un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que mediante el allanamiento a la petición de pena, que no podrá exceder de los 6 años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de sentencia con todos los efectos de cosa juzgada.”

⁷⁵² La profusión de su uso no es sinónimo de su ausencia de críticas si se contemplan en el contexto al que hace relación un antiguo miembro de CGPJ (...) el juez Ramón Sáez, juez penal de Madrid y ex vocal del órgano de gobierno de los jueces, denuncia la perversión del sistema penal de garantías que supone esta justicia negociada, cuyos motores son fiscales, jueces y abogados de oficio, pertenecientes a “profesiones desmotivadas” que se ahorran el proceso y la prueba si logran la conformidad de los acusados, por lo general indigentes, en muchos casos inmigrantes, incapacitados “para tomar una decisión sobre la conveniencia de declararse culpable y aceptar la condena a cambio de una pena mínima”. En definitiva, contra la lentitud judicial, el espantajo de los juicios rápidos, de alcance muy reducido, consecuencias retardatarias y descenso de la tutela judicial debida, se configura como un espejismo, FERNÁNDEZ BARBADILLO, PEDRO MARÍA y, DE LA CUADRA FERNÁNDEZ, BONIFACIO. “El espejismo de los juicios rápidos” *Escritura pública*, núm. 28/2004. Los juicios rápidos son calificados por VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL, *Fiscal investigador contra juez instructor (la lógica de la investigación criminal)*, Marcial Pons, Madrid 2012, (Cap. VIII, punto II) como “aberración”, y “resurrección de cadáveres inquisitoriales”. Son términos contundentes, pero, en el fondo, al autor no le falta parte de razón.

⁷⁵³ En caso de reconocimiento de los hechos por el imputado (art. 779.5 LECr) y cumplidos los requisitos recogidos en el art. 801.1 LECr se dictará sentencia de conformidad “en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la

A la vista de estos precedentes, escasos en regulación, pero exitosos en su uso en la actividad judicial, en todos los intentos del prelegislador de acometer la reforma integral del proceso penal desde el ALECr de 2011 a la actualidad, el impulso del principio de oportunidad y la justicia negociada se han ido abriendo camino. Los anteproyectos y borradores de LECr, incorporan la mediación penal, o la justicia restaurativa con carácter más general. El ALECr 2011 regula la mediación penal, el BCPP 2013 en su EM alude a la justicia restaurativa y en su articulado contempla la mediación penal, y, por último, en el ALECr 2020, regula el derecho de acceso a los mecanismos de justicia restaurativa. La introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal⁷⁵⁴ con tal pujanza, es solo una de las consecuencias del fenómeno, común en Europa y Latinoamérica, de importar el sistema adversarial norteamericano.⁷⁵⁵

El ALECr 2011 es el primero de estos textos que trata, con carácter general, de introducir el concepto de mediación penal en el ordenamiento jurídico español, contemplándolo en el apartado XXVI de su EM y desarrollándolo en el Capítulo III. El BCPP 2013 lo trata también en su EM, y dedica a él su título VI. El más reciente ALECr 2020 recoge, igualmente, la idea y reproduce sustancialmente los modelos precedentes. En buena medida su fuente es la Directiva 2012/29/UE sobre normas mínimas de derechos para el apoyo y protección de las víctimas del delito, que garantiza a éstas el acceso a diversos mecanismos de justicia restaurativa (conciliación, conferencias de grupo familiar, círculos de sentencia...), es decir, un elenco de mecanismos que no se centran, como los precedentes de 2011 y 2013, únicamente en la mediación penal.

El ALECr 2020 trata la materia en el apartado XXVII de su EM, con el siguiente planteamiento: el Estado renuncia a la imposición de la pena cuando no resulta necesario para satisfacer el interés público de prevención y se pueden satisfacer los intereses particulares de la

imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal”. Hay que observar que esta rebaja no abarca, en el caso de la multa, la cuota diaria que se haya pactado. Así lo ha establecido la STS 315/2021, de 15 de abril de 2021, (VLEX 866174520).

⁷⁵⁴ La profesora ARMENTA DEU, TERESA, “Principio de oportunidad y acción popular ¿una relación imperfecta?, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, op.cit., pp. 58-63, presenta el panorama actual del principio de oportunidad en el contexto español, identificando como “mascarón de proa” del mismo en el instituto de la conformidad, con entrada en el proceso español en los años 80 del siglo pasado, siguiendo con las importantes reformas de 2015, y continuando con los esquemas planteados por los proyectos de reforma procesal.

⁷⁵⁵ En el epígrafe correspondiente a los elementos definitorios y a la crítica del modelo adversativo ARMENTA DEU, TERESA, *Sistemas procesales penales: justicia penal en Europa y América: ¿un camino de ida y vuelta?*, op.cit. (Capítulo I, Sección VI) realiza una valoración y un interrogante merecedores de reflexión. En los EEUU se sostiene que su sistema penal es el que mejor materializa los postulados democráticos y la mejor garantía del *due process of law*, una afirmación que es asumida sin crítica alguna por los reformadores europeos y latinoamericanos, cuando lo prudente sería sopesar las circunstancias históricas, sociales y tradiciones jurídicas antes de dar el paso de importar el modelo norteamericano, y, fundamentalmente, no olvidar el fenómeno del terrorismo y la debida protección a las víctimas, que exigen modulaciones adecuadas entre las garantías procesales y la eficacia de la lucha contra la criminalidad. Investigando las reformas procesales penales en Europa en las últimas décadas, continúa la profesora (Capítulo III, sección I, “Europa; líneas generales de las reformas”) aprecia una dirección concurrente en todas ellas y que la autora cifra en cinco: a) un nuevo tipo de juez con la idea de separar las funciones investigadoras y de garantía, instructoras y enjuiciadora (caso de los tres tipos de juez italianos, o el *Juge de les libertes* francés), b) inactividad del juez salvo supuestos muy excepcionales reforzando su posición de garante de la investigación, c) el juicio sobre la procedencia de la acusación una vez terminada la investigación, con diferentes modalidades, deviene esencial, d) la profusión de modalidades para el impulso de la oportunidad penal con el propósito de anticipar la finalización del procedimiento por motivos económicos, y e) la existencia en todos los sistemas de Tribunal del Jurado, aunque con diversas características, y, en general, para un elenco reducido de delitos.

víctima, tratándose pues, de un instrumento más del principio de oportunidad. Este esquema argumentativo está en plena consonancia con el ALMEP por el que se pretende implantar los tribunales de instancia y las oficinas de justicia de los municipios, modificando la LOPJ.

3.4.2.2. Potenciación del principio de oportunidad penal.

El apoyo a la aplicación de este principio y la recomendación de su uso, viene recogido en varios instrumentos de la legalidad internacional tales como La Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de la ONU, Reglas de Tokio.⁷⁵⁶ Por su parte, las Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales en el ámbito penal aprobadas en el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990), establecen en sus arts. 17, 18 y 19⁷⁵⁷ facultades discrecionales del fiscal o alternativas al enjuiciamiento. Las mismas podrán adoptar diversas modalidades, tales como renuncia a aquél con sometimiento a condición o no, así como el establecimiento por parte de los estados de sistemas para “filtrar” los casos que hayan de pasar al sistema judicial. En el caso de la justicia de menores este instrumento internacional subraya particularmente esta necesidad, instando al fiscal a buscar alternativas del enjuiciamiento y apurar el principio de estricta necesidad de la persecución penal.

A nivel europeo, la Recomendación del Consejo de Europa nº R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, sobre la simplificación de la justicia penal, expone la importancia del principio de oportunidad, la desjudicialización de los conflictos en atención al principio de intervención mínima, la simplificación procesal para asuntos de escasa relevancia, y la remisión a sistemas alternativos de resolución en los que se trate de conseguir una compensación entre víctima e infractor. Resulta de interés señalar que, según este instrumento del Derecho de la UE, la conveniencia de que dichas medidas se recojan en la ley y que respeten el principio de igualdad, y el de la individualización de la justicia penal, considerando para ello elementos objetivos y subjetivos en torno al delito: “la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, la personalidad del denunciado, la condena a imponerse, los efectos de ésta sobre el sujeto pasivo y la situación de la víctima.”

El fomento y la extensión de distintas manifestaciones del principio de oportunidad, en concreto, la posibilidad de llegar a acuerdos de mediación prácticamente en cualquier momento del procedimiento parece una tónica general del Derecho comparado y todos los sistemas penales convergen en este punto.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Esta Resolución de la ONU recomienda, en su art. 5.1, que, en la medida que el ordenamiento jurídico interno lo autorice, es conveniente que no se efectúen cargos contra el delincuente si otros intereses legítimos de la sociedad o las víctimas no se perjudican: en casos de poca importancia será preferible que se opte por medidas no privativas de libertad. Para ello los criterios, añade el artículo, deberán quedar bien definidos.

⁷⁵⁷ El art.18 de dicho instrumento internacional reitera la idea de que el fiscal deberá esforzarse para que el menor no sea enjuiciado, bien sometiéndole a ciertas condiciones o a fórmulas alternativas, o bien sin ellas, y respetando plenamente los derechos de las víctimas y de los infractores. Se pretende evitar, así, los efectos perniciosos del proceso y, sobre todo, de la pena de prisión. El art. 19, por su parte, prevé que en los ordenamientos donde el fiscal goza de discreción para pronunciarse sobre el enjuiciamiento, los criterios que habrá de seguir para ello: en concreto, deberá fijarse en la personalidad del menor, pero también en la protección de la sociedad. En caso de existencia de medios alternativos al enjuiciamiento, deberá el fiscal tenerlos presentes, y únicamente acceder al sistema penal en caso de estricta necesidad.

⁷⁵⁸ En su estudio de derecho comparado la autora ARMENTA DÉU, TERESA, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 128 y ss. concluye que donde todos los sistemas estudiados convergen es en la

En el ordenamiento interno español la consecuencia inmediata del principio de oficialidad penal es la hipertrofia de procedimientos en la Jurisdicción penal.⁷⁵⁹ En este aspecto, resulta decisiva la necesidad de establecer una prelación de asuntos a resolver, dada la imposibilidad material de tramitar todos los que se incoan. Una posible solución pasa por flexibilizar aquel principio y por potenciar la potestad del Ministerio Fiscal, como director de la investigación criminal, de ejercitar el principio de oportunidad; si bien, en opinión de algún autor, el Ministerio Fiscal posee, ya en la actualidad, de mucho margen práctico para operar con él.⁷⁶⁰ En este sentido, el informe sobre los sistemas judiciales de la Comisión Europea, edición 2014, considera que la asunción de la investigación por el fiscal dotándole de discrecionalidad en la persecución penal, es el método más eficaz de luchar contra las dilaciones indebidas⁷⁶¹. Sin embargo, en el Derecho comparado europeo, las posiciones van desde la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal en Italia (art. 112 CI) hasta un alto grado de discrecionalidad en Alemania (art. 153 StPO), lo cual podría explicar en cierto modo el mayor retraso y saturación en el país trasalpino según el informe sobre los sistemas judiciales de la Comisión Europea.

3.4.2.2.1. Modalidades: la conformidad y momentos para su práctica en el proceso vigente

La conformidad penal es una institución de naturaleza compleja, que supone la aceptación por parte del acusado de la pena solicitada con ciertos límites, determinando que acto seguido se proceda a dictar sentencia, sin resultar necesaria la celebración de vista.⁷⁶² El ámbito natural del instituto es la delincuencia de gravedad media o ínfima, es decir, los delitos previstos para el procedimiento ordinario, lo cual vendría avalado por el límite penológico para conformidades establecido en seis años de privación de libertad. Nada impide, no obstante, que para delitos de mayor entidad, y tras una negociación, se pueda efectuar una tipificación menos grave que acomode la pena al límite expresado. La naturaleza jurídica de la conformidad ha sido

utilización de la justicia negociada, sean de raíz adversarial o mantengan elementos inquisitivos, distinguiéndose, no obstante, modalidades diversas en función de encontrarse en la órbita del *Comon Law* o del derecho continental. La autora analiza las ventajas y desventajas de la justicia negociada, particularmente desde el principio de la oficialidad y el de legalidad penal, y su consecuente tensión con derechos constitucionales, incluso en ordenamientos como el norteamericano en donde se originó la justicia negociada.

⁷⁵⁹ No obstante, como observa TORRES ROSELL, NURIA, “El nuevo proceso por delitos leves (aspectos procesales de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal)”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, op.cit., pp. 1019-1031, la expansión del principio de oportunidad es imparable merced a sucesivas reformas legales que van incrementando su campo de actuación y, paralelamente, vaciando de contenido a los principios de legalidad y oficialidad del ejercicio de la acción penal.

⁷⁶⁰ En referencia a la inexistencia, en la actualidad del reconocimiento del principio de oportunidad para muchos supuestos, recuerda, GIMENO SENDRÁ, VICENTE, “El principio de legalidad y el Ministerio Fiscal”, op.cit., el amplio margen de disposición que el Ministerio Fiscal tiene sobre el objeto del proceso, que puede durante la instrucción negociar una conformidad premiada, o puede solicitar el sobreseimiento según el art. 782 LECr vinculante para el Tribunal, o, finalmente, puede en el juicio oral vincular al Tribunal con una pena de determinada naturaleza o a un *quantum* determinado, ya que jurisprudencialmente se ha declarado que aquel no puede imponer más cantidad de pena que la pedida por el fiscal, ni puede tampoco dejar de aplicar una atenuante indicada en la calificación definitiva del Ministerio Fiscal (el autor cita la STS 795/2015, de 10 diciembre, ECLI.ES.TS.2015.5268). Esta aplicación del principio de oportunidad *avant la lettre*, estaría, eso sí, justificada siempre y cuando se ejercitase para asegurar un interés constitucionalmente legítimo, como el autor señala, a modo de ejemplo, ocurrió en los casos NOOS o GÜRTEL.

⁷⁶¹ Informe sobre los sistemas judiciales de la Comisión Europea, edición 2014, p. 483.

⁷⁶² El instituto es muy antiguo, y hoy día se encuentra extendido en muchos ordenamientos jurídicos con expresiones como el *plea bargaining* (o negociación sobre la declaración), *guilty plea* (sobre la culpabilidad), *Absprache* (acuerdos) según la exposición de GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, (Coords. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO), “*Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*”, op.cit., p. 356.

calificada como acto dispositivo material y procesal, producto del principio de oportunidad, y sobre el que el acusado no ostenta un derecho subjetivo a obtener una sentencia de conformidad, sino tan solo a una expectativa.

Esta manifestación de justicia negociada, salvo semánticamente, nada tiene que ver con la ya contemplada desde su promulgación en los arts. 655, 688 y ss LECr, que supone una mera y clara aceptación de la condena solicitada, sin negociación previa alguna. En el ordenamiento procesal penal español la introducción del elemento de justicia negociada tuvo lugar con la LO 7/1988 de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modificaban diversos preceptos de las LOPJ y LECr, que introdujo el procedimiento abreviado, y la Ley 38/2002⁷⁶³, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

Ambos textos legales introdujeron propiamente la justicia negociada de la conformidad, que ha ido posteriormente ampliándose mediante leyes de no tanto calado pero de gran relevancia, como las que en 2015, un año muy prolífico en reformas de normas penales y procesales, se promulgaron: la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, Ley 4/2015, de 27 de abril, del EVD, o Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECr y LOPJ, para transposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales,⁷⁶⁴ y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.⁷⁶⁵ A esta normativa legal habría que añadir, en relación con la justicia negociada, la suscripción de un Convenio ente la FGE y el Consejo General de la Abogacía española para protocolizar las conformidades en 2009, a la que luego se hará mención, y la regulación de la conformidad, también extensa, que ofrecía el ALECr 2011.

De todo este corpus legislativo se infiere una tendencia creciente al fomento de soluciones pactadas para la finalización anticipada del proceso penal, y su asunción decidida y positivización parece el fruto lógico de la evolución producida en el proceso español en los últimos años.⁷⁶⁶ En concreto, en el precedente inmediato, y cronológicamente cercano de los fracasados ALECr 2011 y BCPP 2013 se pergeñaba un notable impulso del instituto de la conformidad. En el caso del segundo texto prelegislativo extendía su aplicabilidad a todo tipo de proceso penal, incluso, si el acusado era persona jurídica (art. 53), posible también con varios acusados siendo uno de ellos no conforme o persona jurídica, (art. 140), potenciando la

⁷⁶³ Un estudio pormenorizado de las novedades que introdujo esta ley en el sistema de conformidades es realizado por URIARTE VALIENTE, LUIS MARÍA, “La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002”, *Revista Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1943/2003.

⁷⁶⁴ La Directiva 2010/64/UE se incorporó al ordenamiento jurídico español en los arts. 123 y ss LECr. Su estudio es abordado por ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “El derecho a la traducción e interpretación en la detención”, AAVV, (Dir. ARIZA COLMENAREJO, MARÍA JESÚS), *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, *op.cit.*, pp. 76-83.

⁷⁶⁵ Las aportaciones de esta Directiva son tratadas por LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, MERCEDES, *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, *op.cit.*, pp. 195-210.

⁷⁶⁶ “La mejor opción es siempre, una evolución, propia, sensata, rigurosa de lo que ha funcionado bien en el país” asegura GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Tendencias actuales en los sistemas procesales europeos e iberoamericanos”, *Ciencias Penales, Revista de las Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 29/2015.

conformidad premiada, con reducciones importantes de la pena (arts. 16 y 143.5), recogiendo un régimen de impugnabilidad solo basado en razones de fondo (art. 14), y todo ello vehiculado con un procedimiento ágil y sencillo con protagonismo del Ministerio Fiscal (art. 137 y ss), que se sustanciaba en un Tribunal específico para tal menester, denominado Tribunal de la Conformidad, diferente del de Enjuiciamiento (art. 142).

La conformidad constituye pues, una fórmula consensuada de terminación anticipada del proceso penal, que presenta una gran eficacia en términos economicistas y utilitaristas para la Administración de Justicia con el consecuente ahorro de medios.⁷⁶⁷ Sin embargo, su significado trasciende de alguna manera estos propósitos meramente prácticos. Para considerarse válida ha de reunir una serie de características que la jurisprudencia ha ido sucesivamente perfilando: tiene que ser absoluta, no condicional o limitada, personalísima, voluntaria, informada, libre y sujeta a requisitos formales, sin que, en ningún caso, pueda suponer una merma de las garantías constitucionales del proceso, art. 24 CE.⁷⁶⁸ La jurisprudencia del TS ha encontrado su sustrato en la idea de consenso, una expresión de la autonomía de la voluntad y ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad (art. 10.1.2 CE) proyectada sobre el valor de la resocialización de quien acepta su responsabilidad con actitud reinsertadora⁷⁶⁹

3.4.2.2.1.1. Durante la instrucción.

En la legislación vigente la LECr distingue entre la llamada conformidad con el escrito de acusación (art. 655 LECr), y la conformidad en la vista oral (art. 688 y ss LECr), y el

⁷⁶⁷ La STS 17 junio de 1991, (ECLI:ES:TS:1991:9986), ponente José Antonio Martín Pallín, definía la conformidad en su FJ 1º y único como: "(...) una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal evitando la realización del acto del juicio oral y por consiguiente la práctica de las pruebas encaminadas a demostrar la realización del hecho imputado. Sí, como dice a la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los escritos de conclusiones equivalen a la demanda y la contestación, la conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación, pero sin llegar a sus estrictas consecuencias. Así se ha entendido siempre por la doctrina y la jurisprudencia que no llega a la equiparación exacta entre ambas modalidades de terminación del proceso permitiendo, en el caso de conformidad en el proceso penal, que se dicte una sentencia que se estime justa".

⁷⁶⁸ En la clásica STS 1417/1988, de 1 marzo 1988, (ES:TS:1988:1417), ponente Luis Vivas Marzal, se estima que los requisitos de la conformidad son, resumidamente, su carácter absoluto, personalista, voluntario, vinculante, con exigencia de que tanto el acusado como su letrado muestren su asentimiento. La sentencia citada se pronuncia al respecto en los siguientes términos: "(...) La referida conformidad, para que surta efectos, ha de ser necesariamente, absoluta, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna, personalísima, es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario, voluntaria, esto es, consciente y libre, formal, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables, vinculante, tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formulada, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, e incluso para las Audiencias, salvo los casos antes expresados, y finalmente, de doble garantía, pues se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655- o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio - artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - (...)".

⁷⁶⁹ Las sentencias STS 778/2006, de 12 julio 2006 (ES:TS:2006:4280), STS 188/2015, de 9 de abril 2015 (VLEX 567902494), y STS 2354/2017, de 13 junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2354): la primera de estas sentencias, de forma bastante especulativa, manifiesta "(...) no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes -dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal- y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral". No obstante, la conformidad presenta riesgos propios de la oportunidad penal, de la cual es herramienta. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *La justicia penal, legalidad y oportunidad. op.cit.*, p. 64, alude a uno, sorprendente y preocupante de ser cierto, según el cual un 50% de acusados, inocentes o no, estarían dispuestos a conformarse "con tal de recibir algún beneficio": el autor se refiere al ámbito estadounidense, pero cabe interrogarse si en el nuestro no ocurriría lo mismo.

“reconocimiento de hechos” del procedimiento abreviado. En este último caso ha de tratarse de un delito castigado con hasta tres años de privación de libertad (art. 779.1.5^a LECr), suponiendo la transformación de las diligencias previas en diligencias urgentes para juicio rápido del art. 801 LECr. El reconocimiento de hechos tiene que estar también avalado por el letrado del investigado, y de la acusación particular si la hubiere. Las consecuencias jurídicas del reconocimiento de los hechos suponen que la pena acordada se reducirá en un tercio, decidiéndose a continuación si procede su suspensión o sustitución: el juez no puede, sin embargo, absolver o imponer una pena menor al encausado. El reconocimiento, que, siguiendo el régimen general del art. 655 LECr, tiene que ser prestado por todos los acusados si hay más de uno. El reconocimiento de hechos es perfectamente posible que se de en el procedimiento abreviado, dentro de los límites penológicos y las demás circunstancias previstas en el art. 801 LECr, pasándose en tal caso, de los trámites de aquel al del enjuiciamiento rápido para determinados delitos.

La conformidad con el escrito de acusación ofrece algunas peculiaridades según se produzca en el curso del procedimiento abreviado o en el proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, conllevando unos efectos distintos. En el primer caso, formulada la calificación provisional en el escrito de acusación, el acusado podrá mostrar su conformidad con aquél (art. 655 LECr para el proceso ordinario, y art. 781 LECr para el abreviado) bien con el ya presentado por la acusación, o bien, elaborando uno conjuntamente con ésta, aunque en este segundo supuesto, no podrá contener hechos diferentes a aquella calificación, ni contener calificación más grave (arts. 784.3.2 y 787.1 LECr). La conformidad tiene lugar ante el Juez de lo Penal o la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial (arts. 781 y 784.5 LECr). Aquella puede estar recogida, pues, en el escrito conjunto, o en el de defensa, y el juez o tribunal tendrá que comprobar, dando audiencia al acusado y su letrado, si la misma se ha efectuado de forma informada, voluntaria y libre, y con conocimiento de sus consecuencias. En referencia al límite de pena el art. 787.1 LECr establece el de seis años para la pena de prisión.⁷⁷⁰ Mostrada la conformidad, el juez de lo Penal o la Audiencia Provincial, dictará sentencia de conformidad sin más trámites, tras el examen de los requisitos a que se ha hecho referencia.

No en todos los casos la conformidad se traducirá en sentencia si el Juez considera que aquella no resulta válida; esto puede ocurrir cuando piense que la calificación jurídica es incorrecta o que la pena solicitada es improcedente, requiriendo a la parte para que la modifique, pudiéndose el acusado conformarse con esta modificación, si tal no ocurre, el juez ordenará proseguir el juicio (arts. 787.3 y 655.3 LECr)⁷⁷¹. Lo mismo ocurrirá cuando el juez o tribunal considere que la conformidad no se ha prestado libre y voluntariamente (art. 787.4

⁷⁷⁰ Aunque GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, *op.cit.*, p. 360, entiende que son nueve, el mismo correspondiente para la instrucción de los delitos afectos al procedimiento abreviado, siendo los seis el del contenido máximo de la sentencia.

⁷⁷¹ En las conformidades obtenidas en el curso del procedimiento abreviado vía el art. 784.3 (conformidad con el escrito de acusación o presentación de escrito de calificación conjunta) GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, *op.cit.*, pp. 360-361, considera que, dada la defectuosa redacción del art. 787 LECr, al que se remite aquél, podrían producirse dos supuestos; si la pena de prisión solicitada es menor a seis años, en tal caso el juez o tribunal, quedaría vinculado por la misma, una vez la representación letrada del acusado la haya validado; en caso de ser superior a ese límite, el juez o tribunal, es libre de cualquier decisión respetando el límite máximo de la pena. El autor sostiene que la primera de las posibilidades no es admisible -aun cuando es la practicada desde hace décadas- por cuanto choca con la propia potestad jurisdiccional y con la doctrina del TS que afirma el principio de que el tribunal puede absolver siempre.

LECr) o cuando el abogado defensor considere que no procede la misma y el juez o tribunal lo considere fundado.

El régimen de la conformidad implica la exigencia de que todos los acusados, en caso de serlo en una causa determinada, la presten (art. 655.4 LECr), salvo que sea posible enjuiciar las conductas separadamente, siendo en tal caso posible obtener conformidades parciales. Hay que señalar que dicha posibilidad presenta múltiples dificultades por resultar, en la práctica, muy difícil discernir conductas en casos de coautorías.

Por último, es viable la conformidad en la parte penal de la acusación con disconformidad en cuanto a la cuantificación o existencia de la responsabilidad civil. En tal caso, el juicio continuará únicamente para dilucidar ésta (art. 655.5 LECr), rigiendo los principios civiles para la misma, aunque tomando como base la existencia de responsabilidad criminal.

La conformidad en el curso del proceso penal especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, tiene una relevancia de primera magnitud y en la práctica judicial cotidiana es la vía procesal por la que se obtienen la mayor parte de las conformidades habiendo conseguido dicha cualidad en base al beneficio –“conformidad beneficiada”, la denomina la Circular 1/2003 de la FGE - de la reducción en un tercio de la pena conformada, novedad introducida por primera vez en el ordenamiento español.⁷⁷²

Este procedimiento, creado en 2002⁷⁷³, contempla la institución de la conformidad en los arts. 800.2 y 801 LECr. Tiene que contar con el visto bueno del abogado, aunque la dicción literal del art. 801.1 LECr nada aporta al respecto, así ha de ser en concordancia con los arts. 779.1.5 y 795.2 LECr.

La conformidad se presta ante el juez de instrucción (art. 801 LECr), una vez abierto el juicio oral (art. 800.2 LECr). Resulta una paradoja⁷⁷⁴ que los requisitos para la conformidad en este procedimiento sean más exigentes que para el abreviado, encontrándose enunciados en el art. 801.1 LECr. Según este artículo no debe existir escrito de acusación ya presentado por el fiscal, no debe estar constituida acusación particular (permitida por el art. 801.5 LECr), el límite

⁷⁷² La profesora LÓPEZ JIMÉNEZ, RAQUEL, “La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia”, *Revista Penal* núm. 15/2005, expone que dicha conformidad premial, que supone la reducción en un tercio de la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, fue criticada en su tramitación parlamentaria, tratándose de una de las cuestiones más debatidas. Se reprochó que la verdadera razón del beneficio, era “quitarse papel de encima”, o que el Ministerio Fiscal realmente solicitaría la pena que quería se impusiese aumentada en un tercio. Las críticas también provinieron del CGPJ, que reparó en el distinto trato de la conformidad para el procedimiento abreviado o el ordinario en relación con los juicios rápidos. Adicionalmente, se adujeron razones de justicia material, ya que no resultaba entendible que un imputado pudiera recibir, por causas ajenas al mismo, un trato más beneficioso en el juzgado de Guardia que en el órgano de enjuiciamiento por los mismos hechos. La autora llega a la conclusión, del todo lógica, de que la razón de este beneficio no es otro que el logro de la celeridad procesal anticipando la terminación del procedimiento y evitando la fase de instrucción.

⁷⁷³ Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

⁷⁷⁴ Interrogándose sobre la razón de dicha discrepancia de regímenes GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, op.cit., p. 362, supone que sea debida a un cálculo estadístico en base a los delitos más frecuentes ante el juzgado de guardia. Resulta además paradójico el requisito de la no existencia de acusación particular, prosigue alegando el autor, inexistente en el abreviado, y que, además de no velar por los intereses de las víctimas, entorpece la promoción de este tipo de conformidades.

penológico es de tres años de privación de libertad, pena de multa en cualquier cuantía, o pena de otra naturaleza no superior a 10 años, y, finalmente, la pena (o suma de ellas) solicitada si es privativa de libertad, no supere los dos años teniendo en cuenta la reducción de un tercio. Es decir, a pesar del límite objetivo de cinco años, solo cabe conformidad si se solicita un máximo de tres, que tras la reducción del tercio supone el límite de 2 años de privación de libertad.

La conformidad así obtenida es controlada por el Juez de Guardia, según lo establecido en los arts. 787, y 801.3,⁷⁷⁵ dictando acto seguido sentencia. Este caso, junto con el de los juicios seguidos por delito leve, es el único en que el juez de instrucción, en funciones de guardia en este caso, puede dictar sentencia (art. 87 a) 2 LOPJ). La sentencia contendrá la reducción del tercio de pena, tanto si es privativa de libertad, como si se trata de otro tipo.⁷⁷⁶

También en el juicio sobre delitos leves la conformidad es posible. Este tipo de procedimiento sigue la estructura de los antiguos juicios de faltas, y fue introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP. Aunque no regule de forma expresa las conformidades, nada se opone a que ésta pueda alcanzarse en el acto de juicio oral, en aplicación supletoria de las normas para el procedimiento abreviado, o por la remisión “a las prescripciones de esta Ley en cuanto sean aplicables”, que efectúa el art. 969.1 LECr al regular la forma en que se lleva a cabo el juicio oral para delitos leves.

3.4.2.2.1.2 Conformidad efectuada en el acto de juicio oral.

La regulación legal de la conformidad a practicar en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos se ubica en los arts. 787 y 801.1 LECr: aquella se solicita en el propio órgano de enjuiciamiento (sea el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial) en el mismo acto de vista oral⁷⁷⁷, y requiere la petición formal del abogado defensor con la aquiescencia de su representado, el acusado. Debe proponerse antes del inicio de la práctica de la prueba, pidiendo al juez que dicte sentencia de conformidad “con el escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad o con la que presentara en ese acto (...)” (art. 787.1 LECr). Puede también el órgano jurisdiccional, como además es práctica habitual en el foro, preguntar al acusado si se conforma, o si es posible alcanzar una conformidad antes de comenzar el juicio. Los magistrados no suelen dejar pasar la oportunidad porque una conformidad les supone un ahorro importante de trabajo.

Si la conformidad se alcanza, el juez o presidente del tribunal tiene que informar al acusado de las consecuencias de la misma (art. 787.4 LECr). “El escrito que se presentara en ese acto”, al que alude el artículo, hace referencia, obviamente, al resultante de la negociación previa entre Ministerio Fiscal y el letrado de la defensa, la cual suele llevarse a cabo, de forma general, minutos antes de comenzar la vista. El límite penológico es de 9 años y 3 años de

⁷⁷⁵ Añade los requisitos para los supuestos del art. 81.3 CP y 87.1.1 CP, para los casos de suspensión de la ejecución de la condena.

⁷⁷⁶ A pesar de que la LECr no se refiera a ello expresamente.

⁷⁷⁷ Observan aquí, GIMENO SENDRÁ, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL, CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021, p. 457, la similitud de la posibilidad de que el acusado antes del inicio de la vista oral y de la práctica de la prueba manifieste su conformidad con la acusación que contenga la petición de pena más grave o “con la que se presente en el acto” y que presupone una negociación anterior (art. 787.1 LECr), con la institución anglosajona del *plea bargaining* que modera la pena siempre que mantenga lo sustancial del hecho infractor.

prisión, respectivamente, para los delitos del procedimiento abreviado, y de enjuiciamiento rápido. El límite primeramente citado es tan alto que, en la práctica, resultará difícil que alguien quiera conformarse con tantos años de privación de libertad, aunque teóricamente resulta viable. En el caso del procedimiento abreviado, aunque el límite penológico es de 9 años, para la conformidad se exige que la pena solicitada no exceda de 6 años, y si el órgano jurisdiccional la considera correcta en base a la calificación jurídica, procede, sin más, a dictar sentencia de conformidad que puede ser oral (art. 787.1 y 2 LECr), sin perjuicio de su posterior documentación.

Esta conformidad en estrados pudiera no resultar procedente porque el juez o tribunal la considerasen inválida, bien por suponer una calificación jurídica incorrecta (arts. 655.3 y 787.3 LECr) en cuyo caso requerirá su corrección, y una vez corregida y en base a los nuevos términos, aquella sería posible, o en caso contrario ordenaría continuar con el juicio, o bien resultaría inválida porque el órgano judicial considerase que el consentimiento del acusado no se ha emitido de forma libre y con conocimiento de las consecuencias del mismo (art. 784.4.1 LECr), o incluso si el órgano judicial se muestra de acuerdo con el criterio del abogado defensor, contrario a la conformidad expresada por su cliente (art. 787.4 LECr). En el caso de que la conformidad penal exista, pero no la civil, cuando el delito lleva aparejada esta responsabilidad, el juicio continúa solo en lo concerniente a este aspecto (arts. 695, 697.3 y 700 LECr).

El régimen de la disconformidad parcial tiene diversas consecuencias; si existen varios acusados y no todos se conforman, el juicio oral sigue su curso (art. 697.2 LECr), como lo hará en caso de que alguno o todos los acusados no contesten a la pregunta del juez sobre si se conforman o no (art. 699 LECr). En otro orden de consideraciones, las conformidades prestadas en el acto de juicio acerca de las medidas de seguridad no vinculan al órgano judicial (art. 787.5 LECr) y ello porque la razón de ser de éstas radica en fines de corrección y prevención especial que deberán ser valoradas respecto a su eficacia y pertinencia por el órgano judicial.

3.4.2.2.1.3. Conformidad en el ámbito de la ley del Tribunal del Jurado.

La LOTJ prevé un régimen particular para la conformidad en el seno de este procedimiento, ubicado dentro de una de las formas de disolución de dicho tribunal. De esta manera, si el acusado muestra su conformidad con la acusación más grave dentro de la fase del juicio oral (art. 50.1 LOTJ), normalmente, al dársele traslado del escrito de acusación, se entiende como causa de disolución del mismo. Las fórmulas reguladas en la LECr, y aplicables al procedimiento ordinario, al abreviado, a los juicios rápidos o los delitos leves, ya vistas, son aplicables también a los delitos enjuiciables mediante la LOTJ. Hubiera resultado deseable que dicha ley regulase expresamente la conformidad en otra fase que no fuese la del juicio oral, o, al menos, que se remitiese expresamente a la regulación prevista para el procedimiento abreviado, y no en la problemática forma que lo hace en el art. 24.2 de su texto.⁷⁷⁸

La conformidad se puede materializar de tres maneras: manifestándolo así la defensa en su escrito (por analogía con los arts. 655 y 784.3.1 LECr), con posterior ratificación en la audiencia preliminar (art. 30 LOTJ), respondiendo afirmativamente a una pregunta del

⁷⁷⁸ El artículo dice: “la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será supletoria en lo que no se oponga a los preceptos de la presente Ley”

presidente en este sentido (por analogía con el art. 688.2 LECr) y, finalmente, y en esta ocasión recogido expresamente en el art. 50.1 LOTJ, mediante un escrito presentado en el curso del juicio oral, siendo causa de disolución del Jurado. Ahora bien, el ámbito penológico susceptible de conformidad vuelve a ser diferente -sin que exista una justificación para ello – al de los delitos de enjuiciamiento rápido, o para el procedimiento abreviado, pues sanciona el art. 50.1 LOTJ que “la pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos”.

El control del Magistrado-Presidente sobre la conformidad así planteada focaliza su análisis sobre la existencia del hecho justiciable, o su perpetración por el acusado, ya que si entiende que no concurren, no disolverá el Jurado y mandará seguir el juicio (art. 50.2 LOTJ). Igualmente, si entiende que el hecho no es delito, o que concurren causas de exención o atenuación, tampoco lo disolverá, y tras audiencia a las partes, someterá a aquél por escrito el objeto del veredicto (art. 50.3 LOTJ).

3.4.2.2.2. Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre las conformidades. Instrucción 2/2009 y Protocolo suscrito con el Consejo General de la Abogacía española.

El instituto de la conformidad ha sido contemplado por la FGE, fundamentalmente, como una fórmula de salida anticipada del proceso que en algunos casos evita la instrucción, y, normalmente, la celebración del juicio oral, con un marcado carácter utilitarista. La Instrucción 2/2009, relativa a la aplicación del protocolo de conformidad suscrito con el Consejo General de la Abogacía española, llega a definirla como “(...) uno de los pulmones de oxígeno que explican y permiten la supervivencia de nuestra maquinaria procesal decimonónica”. En la fecha de la instrucción el número de conformidades era ya significativo, siendo, hoy día, una de las formas habituales de finalización de los procesos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido.

En realidad, la razón de aquel protocolo entre las dos instituciones no fue tanto promover la celebración de conformidades, que se operaban ya de forma cada vez más intensa, sino ordenarlas y solucionar los problemas que estaba dando la práctica habitual de las mismas en la fase del juicio oral y no en un momento procesal anterior. A esta modalidad se le denomina “conformidad en estrados”, es decir, ultimada en los mismos prolegómenos de la vista oral, inmediatamente antes de la celebración de ésta. Así lo reconoce abiertamente la FGE en el apartado IV.2.1 de la Instrucción 2/2009.⁷⁷⁹ La situación descrita generaba dos órdenes de problemas: primamente, sobre el coste personal y material del proceso, que, en tal caso, apenas disminuía en modo alguno, ya que era preciso la comparecencia de testigos, peritos y demás intervinientes citados a juicio. En segundo lugar, y en cuanto a las garantías procesales, éstas también podían resultar perjudicadas por diversos factores. La inmediatez con que se alcanzaba la conformidad impedía tener los medios necesarios para poder realizar comprobaciones imprescindibles para la ejecución⁷⁸⁰ o podía también perjudicar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal ante conformidades de muy diferente índole.

⁷⁷⁹ Hacía hincapié la Instrucción acerca de que “Hay que insistir de modo enfático en que el núcleo esencial del Protocolo, y el objetivo fundamental que persigue la Fiscalía General del Estado al firmarlo, es anticipar las conformidades a un momento previo al juicio oral.”

⁷⁸⁰ Piénsese en la existencia o no de antecedentes penales para la concesión de una posterior suspensión de condena, por ejemplo.

A estos problemas se pueden añadir otros, tales como, el descrédito de la Justicia y sus agentes, ya que, las negociaciones, a puerta cerrada, con los testigos, peritos y perjudicados esperando en la antesala, daban la imagen de unos pactos en que se disponía de sus intereses sin su participación, con total desprecio al principio de publicidad, o, la perturbadora presencia del juez o, peor aun, su intervención en las negociaciones entre letrado y fiscal, denotando su predisposición en el asunto. Sobre este particular, no se puede dejar de vista la sobrecarga de trabajo de jueces y tribunales, que, merced a las conformidades, la van sobrellevando de alguna manera, por lo que resultan particularmente interesados en que se llegue al máximo número posible.

La Instrucción 2/2009 tenía por misión regular aspectos en general organizativos de las fiscalías para facilitar las conformidades entre fiscales y abogados, en suma, establecer un sistema de coordinación. Para ello, preveía la figura de un fiscal coordinador o de enlace, así como una estructura estable y formal, y daba unas pautas orientativas en cuanto a la organización de las fiscalías para la promoción de conformidades, pero desde una perspectiva flexible y auto-organizativa, sin pretender imponer un sistema determinado. La opción por la flexibilidad organizativa se fundaba en la constatación de la existencia de mecanismos que ya habían ido creándose en las fiscalías para este menester, y que tenían un funcionamiento satisfactorio. La instrucción no imponía ninguna forma concreta de organización ni de actuación, aunque exponía sugerencias de funcionamiento flexibles en la materia, insistiendo únicamente, en la necesidad de que existiese la figura del fiscal coordinador, o varios dependiendo de las circunstancias de la fiscalía, a modo de enlace de abogados y fiscales, pero sin determinar más allá sus funciones, cuestión que dejaba a criterio de los correspondientes fiscales- Jefes.

La Instrucción contemplaba una serie de modalidades aplicativas de la conformidad y lo hacía con un marcado carácter práctico y no doctrinal.⁷⁸¹ Se excluía de su ámbito de aplicación los juicios rápidos sustanciados ante el juzgado de guardia, que disponen de un trámite propio previsto en el art. 801 LECr (art. 4 del protocolo). En este tipo de procedimiento se buscó, precisamente, la promoción de la conformidad en la fase instructora para su inmediata remisión al órgano sentenciador, con la mera citación al fiscal y a las partes para ello (art. 789.5.5ª LECr).

El protocolo excluía, igualmente, los juicios seguidos por los trámites de la LOTJ, también dotada de unos trámites específicos y peculiares para la conformidad entre las partes, aunque, señala la instrucción 2/2009, los mecanismos de contacto y colaboración que regula ésta resultaban perfectamente utilizables para poner en marcha y facilitar las gestiones de aquella conformidad. Por último, tampoco resultaba aplicable a los juicios ante “la gran excepcionalidad de los procedimientos contra los aforados”, aunque, de la misma manera que en el supuesto anterior, los intervinientes se podían servir de la filosofía que impregna el protocolo para la gestión de la conformidad.

Los órganos especializados centrales de la Fiscalía no se encontraban, sin embargo, fuera del ámbito de aplicación el protocolo, aunque al tratarse de asuntos técnicamente complejos su aplicación conllevará modulaciones y adaptaciones diversas.

⁷⁸¹ Ofrecía simplemente pautas aplicativas, no describía el régimen jurídico de las conformidades.

En todo caso, el ámbito natural de aplicación del protocolo era el del procedimiento abreviado, que, junto con los juicios rápidos, era y es el tipo de procedimientos donde, según la estadística judicial, más conformidades se alcanzan. El protocolo tenía por objeto que la conformidad pudiera producirse en el menor tiempo posible por evidentes razones de agilidad y economía. Para ello la comunicación fluida entre abogado y fiscal, una vez alguno de ellos haya tomado la iniciativa de una eventual conformidad, se consideraba requisito indispensable, describiendo el protocolo diversas posibilidades de gestión, pero teniendo todas en común que la coordinación y comunicación entre fiscal y letrado se efectuara de manera ágil y con gran flexibilidad. Una posibilidad que encarecía el protocolo, era, siempre que resultase posible, transformar el procedimiento en juicio rápido (art. 801 LECr), para que, vía la modalidad privilegiada de conformidad con la reducción del tercio de la condena pactada, se promocionara su uso. En el caso de varios encausados con diferente representación, el protocolo abogaba por la citación común de todos sus letrados para evitar suspicacias y actuar con transparencia.

En cualquier caso, el acuerdo precisaría la aprobación judicial y para que el protocolo resultase eficaz, resultaría imprescindible la colaboración de los órganos judiciales, y ello para conseguir la mayor anticipación posible en la homologación judicial y así poder cumplir el propósito de agilidad y economía que tiene aquél. Para ello las Fiscalías y los órganos del gobierno de los jueces, a nivel territorial, tendrían que confeccionar protocolos de actuación, que buscarían, sobre todo, la anticipación mayor de la aprobación judicial de la conformidad. Esta anticipación suponía descargar de trabajo a los órganos judiciales y, por otro lado, evitar molestias y gastos a los ciudadanos y funcionarios públicos. El protocolo establecía un plazo orientativo de 10 días de anticipación a la celebración de la vista oral para comunicar el acuerdo de conformidad. Ahora bien, en la práctica resultaba un tiempo excesivamente corto porque las citaciones para juicio se suelen cursar con una antelación mucho mayor. La saturación de los juzgados implicaba que las aquellas se llevasen frecuentemente a cabo a meses vista, por lo que cuanto menor sea la anticipación el trabajo para la oficina judicial será mayor.

A pesar de que el señalamiento de la vista oral debía producirse en todo caso, de cara al protocolo, no existía ningún obstáculo para que, habiendo comunicado las partes al órgano enjuiciador el acuerdo de conformidad, éste citase para una vista en la que únicamente comparecerán el fiscal y las partes para la homologación judicial de la conformidad, aunque improbable, cabría la posibilidad de que en ese momento las partes no ratificaran su acuerdo, lo que conllevaría a la nueva citación para una vista oral con contradicción y citación a peritos y testigos. En tal caso se produciría un gasto aun mayor que si no se hubiese celebrado tal vista, pero no parece que se trate de un supuesto, por su contexto, que pudiese ocurrir con frecuencia. El efecto beneficioso de estas vistas anticipadas podría multiplicarse si el órgano de enjuiciamiento acumulase en una misma sesión varias que presenten estas características, añade la Instrucción 2/2009. En otro orden de consideraciones, resulta necesario, como previamente se ha apuntado, que el juez se abstuviese absolutamente de intervenir, e incluso de estar presente, en las conversaciones entre abogado y fiscal, para preservar su imparcialidad y la confidencialidad de los intervinientes.⁷⁸²

⁷⁸² Una excelente investigación acerca de los fallos y debilidades que ha mostrado la aplicación de este Protocolo y una propuesta para mejorar el instituto de la conformidad por ARANGÜENA FANEGO, CORAL, “Conformidad, víctima y reforma procesal penal: un breve apunte de algunas mejoras necesarias”, AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO CALVO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa, op.cit.* (Segunda parte, Cap. II).

3.4.2.2.3 Críticas y aspectos negativos del principio de oportunidad penal.

Tradicionalmente, se han señalado como opuestos los principios de oportunidad y el de legalidad.⁷⁸³ Dicha tensión se ha entendido como un difícil encuentro entre el modelo anglosajón y el continental en materia de persecución penal⁷⁸⁴, pero parece más correcto plantear ambas ideas, conceptualmente opuestas, en términos de cooperación o superposición, siendo clave para la dicha complementación subrayar el propósito de los fines de la pena, que, con el manejo del principio de oportunidad, pueden quedar satisfechos.

Frente al principio de legalidad, enraizado en teorías más o menos absolutas de la pena, el de oportunidad se basa en la razón utilitaria. También el principio de oportunidad encuentra su correlato teórico en aquel del consenso entre partes, propio del Derecho civil, y contrario al principio de oficialidad y la inderogabilidad, propios del proceso penal, que no busca así la averiguación de una verdad oficial capaz de quebrar la presunción de inocencia. El contenido del consenso conseguido vía la oportunidad puede ser variado: bien sobre el material probatorio, de manera que fiscalía y defensa, acuerdan elegir una serie de hechos probados para configurar el relato de la acusación, bien sobre cuestiones fácticas o jurídicas, o en otros casos el acuerdo puede versar sobre acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, o, incluso puede versar sobre la elección del procedimiento a que se acudirá para someter el asunto penal, normalmente eligiendo una forma abreviada de terminación del procedimiento.⁷⁸⁵

En el Derecho comparado el principio de oportunidad tiene reflejos diferentes. En el Derecho continental es de carácter reglado y actuable por el fiscal en base a determinados requisitos, mientras que en el derecho anglosajón lo es de forma amplia, alcanzando toda su virtualidad al traducirse en una acusación discrecional por el órgano encargado de ésta. Modalidades que se corresponden con dos visiones del principio: la estricta, en virtud de la cual el titular de la acción penal puede no ejercerla bajo determinadas premisas (perspectiva continental), o la amplia, según la cual no resulta obligatorio el ejercicio de la acción penal cuando se considera que el ataque a los bienes jurídicos tutelados no merece respuesta punitiva (perspectiva anglosajona).

El principio de oportunidad, en su principal expresión de justicia negociada, ha tenido tradicionalmente como argumentos a su favor, los siguientes:

Se ha aludido a la mejor satisfacción del interés público que se puede lograr mediante su ejercicio al no perseguir todas las infracciones penales, pudiendo seleccionar en virtud de la

⁷⁸³ Como una fisura importante del proceso penal contempla CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “La conformidad en el proceso penal español”, AAVV, (Coords. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, NATARÉN NANDAYAPA, CARLOS, RÍOS ESPINOSA, CARLOS), *Temas de derecho procesal penal de México y España, op.cit.*, pp. 340-342, el auge de la justicia negociada. Este juicio se basaría, en opinión de autor citado, tanto en motivos conceptuales (la mala conexión de conformidad, legalidad penal y principio de oficialidad), como de respeto a las garantías procesales que se evaporan al desaparecer la fase más importante del proceso penal, el juicio oral.

⁷⁸⁴ En esta clave lo entiende GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN, “El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental”, *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano* 2006, t. II, Konrad Adenauer Stiftung, E.V., Montevideo 2006, p. 1043.

⁷⁸⁵ Los distintos elementos sobre los que puede versar el objeto del consenso son estudiados y clasificados por el profesor chileno DEL RÍO FERRETI, CARLOS “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1/2008.

facultad de dirección de la política criminal, que compete al Gobierno, las conductas que resulten convenientes. Se debe objetar a esta afirmación que puede suponer una suplantación por el Ejecutivo de las funciones del Legislativo, ya que la dirección de la política criminal no puede significar la despenalización de conductas, conculcando el principio de legalidad y el de previsibilidad de la aplicación de la ley.

Se considera también ventajosa su aplicación por la mayor adaptabilidad de la ley que ofrece la actuación de este principio a las circunstancias de cada infracción concreta. La EM del BCPP 2013, por ejemplo, enuncia esta idea al atribuir la oportunidad reglada en manos de la Fiscalía la condición de herramienta para evitar el automatismo en la persecución del delito.

Por otra parte, su aplicación reduciría el efecto criminógeno que tienen las penas privativas de libertad de corta duración. A pesar de ello, esta argumentación no casa bien ni con el límite actualmente vigente de la justicia negociada⁷⁸⁶ ni, mucho menos, con las de los anteproyectos del LECr o el BCPP de 2013, sin límite penológico alguno.

Los derechos de la víctima, su participación creciente y la salvaguarda de sus intereses en el proceso penal se han señalado también como beneficios del principio de oportunidad. Desde las posiciones de los sujetos intervinientes en el proceso penal el ejercicio del principio de oportunidad presenta también ventajas. Para los juzgados y Tribunales será una forma de descargar la ingente cantidad de asuntos que pesan sobre ellos mediante los sobreseimientos, suspensiones, conformidades y la externalización de los servicios de justicia restaurativa. Para el imputado ofrece también ventajas: disminuye la carga de incertidumbre sobre el resultado final de su caso, y le evita trámites judiciales, además de eludir en muchos casos publicidad en torno a la infracción, y, naturalmente, una rebaja en la condena. Para el Ministerio Fiscal ofrece indudablemente también la utilidad de aminorar la carga de trabajo. Hay que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal ha ido asumiendo de forma progresivamente creciente una cantidad de funciones tal que hace que la sobrecarga de trabajo tensiona mucho el funcionamiento de la institución. Las funciones relacionadas con la instrucción del proceso penal, fueron incrementándose de tal suerte que sobre ello hubieron de ocuparse las Instrucciones 1/2008 y 2/2008 de la FGE que establecieron pautas de actuación para el impulso de la actividad investigadora del Ministerio Fiscal en la en su doble faceta de dirección de la Policía Judicial y de colaboración activa con la instrucción. La justicia negociada permite dedicar menos tiempo de preparación en cada asunto, con tal de un somero conocimiento que permita ofrecer una conformidad estudiada básicamente.

Sin embargo, al margen de otras consideraciones que se tratarán más adelante, el principio de oportunidad puede acarrear disfunciones y problemas de encaje en el proceso penal. La facultad otorgada al Ministerio Fiscal para negociar es discrecional, y como tal puede generar discriminación y tratamientos diferenciados, con resultados muy diversos según cada caso. Además, la información que puede manejar el Ministerio Fiscal, particularmente si recae en él la labor investigadora, es una herramienta muy poderosa para reforzar su posición en cualquier modalidad de justicia negociada.

Por otro lado, la aplicación desigual de la ley puede hacer que pierda su previsibilidad y credibilidad, y su efecto de prevención general puede verse perjudicado. Cabe objetar en

⁷⁸⁶ Seis años de privación de libertad.

contrario que tampoco la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales resulta uniforme, y, por tanto, el efecto se puede producir igualmente. Finalmente, la existencia de un sistema de justicia negociada que vaya adquiriendo peso específico impulsado por su menor coste económico, en paralelo al aparato judicial, puede conducir a una presión para que el infractor se conforme prescindiendo del cauce del proceso penal con menoscabo de sus garantías.

Una reconsideración detenida sobre la justicia negociada pone de manifiesto, en términos más generales, una difícil convivencia entre los principios básicos del proceso penal y aquella. Así, se ha venido criticando la justicia negociada oponiéndola a los elementos básicos del proceso penal (principio de legalidad, oficialidad, derecho a un juicio justo con todas las garantías...).⁷⁸⁷ La justicia negociada, que toma su base conceptual del principio de oportunidad -que no tiene reflejo constitucional-, va ganando terreno merced a la crisis de la justicia. Principio de oportunidad y legalidad penal (art. 124.2 CE) chocan en el plano de las ideas: este último impone al Ministerio Fiscal actuar ante un hecho ilícito tipificado y castigado según las previsiones legales, a ejercer la acción penal, ventilándose la eventual responsabilidad del infractor en un juicio con las debidas garantías, mientras que el primero permite, mediante una negociación, imponer una pena menor, modificando incluso los hechos o la tipificación correcta, sin necesidad de celebración de juicio.

También el principio de oportunidad y el de oficialidad tienen un difícil acomodo mutuo. A través de este último se trata de averiguar una verdad oficial utilizando para ello las facultades del Estado, en tanto que por el ejercicio del principio de oportunidad se le ofrece al juez una verdad formal, elaborada por las partes, a la que se asocia una pena inferior a la que correspondería por los hechos realmente cometidos.

Pero particularmente el principio de oportunidad presenta dificultades de armonización con el derecho a un juicio justo con todas las garantías procesales. Estas garantías presentan su grado de plenitud durante el desarrollo del juicio oral, precisamente el que se trata de evitar con carácter general en las modalidades vigentes de conformidad y en las previstas por los textos prelegislativos de LECr. Es ahí, en ese acto, donde los principios de inmediación, contradicción, publicidad, oralidad, derecho de defensa, presunción de inocencia, e igualdad, se manifiestan con toda su pujanza, y todo ello se desvanece en la justicia negociada. Por tanto, la aplicación indiscriminada y generalizada del principio de oportunidad puede pervertir el sistema procesal penal a cambio, eso sí, de descongestionar juzgados para que estadísticamente las cifras sean más presentables, arrumbando siglos de avances, aportes y garantías en el proceso penal enriquecidos por elaboradas doctrinas jurisprudenciales del TC y TEDH. El fenómeno es común a todo el ámbito europeo continental, donde el Poder Público se ha fijado como objetivo una Administración de Justicia rápida, efectiva, eficaz y, sobre todo, económica, prestando su

⁷⁸⁷ La profusión imparable de la justicia negociada puede, según el profesor CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Reflexiones sobre la mediación y la conformidad en el BCPP 2013”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, pp. 883-892, hacer temblar “las estructuras básicas de nuestro proceso penal”, careciendo su fomento de base constitucional suficiente. El principio de oportunidad está desplazando al de legalidad penal, sostiene, al prescindir de la aplicación del tipo penal según conveniencia. La verdad material queda así en un segundo plano, puesto que no interesa su obtención, sino encontrar otra “formal” que sirva para dar acomodo a una pena menor, prescindiendo del justo juicio con todas sus garantías en aras de descargarse los tribunales de trabajo, un criterio meramente utilitarista, no de justicia. Apunta el autor una circunstancia ciertamente paradójica: mientras el Derecho de la Unión está tratando de armonizar los sistemas penales de los estados miembros para dotarles de un estatus procesal de garantías homologables al acusado o a la víctima, los sistemas nacionales fomentan el principio de oportunidad de forma decidida, como ocurre con el objeto de estudio de este trabajo, el BCPP 2013.

atención, más en la gestión y funcionamiento del aparato judicial, que a la estricta idea de términos de Justicia.

En ocasiones, las conformidades pueden chocar, además, de con el principio de legalidad, también con el de unidad de actuación propio del Ministerio Fiscal ya que se producen en un momento posterior al visado⁷⁸⁸, cuya función, al margen del control de la correcta calificación y otros extremos de naturaleza técnica, abarca la fiscalización sobre el respeto a los citados principios. Por ello, aquellas conformidades conseguidas con suficiente antelación al juicio oral, no tendrán mayor problema al respecto ya que serán visadas antes de aquel momento, por si hubiera que introducir modificaciones para volver a ser negociadas y valoradas por las partes. Ahora bien, el supuesto más problemático se daría cuando la conformidad se alcanzase con muy poca antelación, o incluso en el propio acto de vista mediante un nuevo escrito modificando la inicial calificación jurídica de los hechos del escrito previo. En tales casos la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, proponía un control *a posteriori* similar al existente para los juicios rápidos, donde la calificación conforme se efectúa en el propio juzgado de guardia (art. 801 LECr), con un visado posterior. Evidentemente, este sistema no puede realizar correcciones sobre lo ya acordado, pero si prevenir pactos a futuro que se aparten del criterio unitario de la Fiscalía.

A pesar de los problemas reseñados, resulta conveniente que exista un ámbito de consenso en el proceso penal, aunque preferentemente sea en delitos de poca envergadura. No es esta última, sin embargo, una valoración pacífica. Los Anteproyectos de LECr no optan por ello. Tampoco se puede negar a la justicia pactada la virtud de que, en algunos casos, puede servir para que el delincuente recapacite y esta reflexión sirva para su mejor rehabilitación, uno de los principales fines de la pena, aunque no el único.⁷⁸⁹

En todo caso, una utilización ilimitada de la justicia pactada, en un diseño procesal en que el Ministerio Fiscal goce de un gran protagonismo y de una posición dominante sobre el objeto del proceso, puede acarrear problemas de desigualdad, abusos e injusticias. Cabe, como reflexión, señalar que el origen de estos instrumentos proviene del sistema penal anglosajón, que a diferencia del continental no descansa en el principio de legalidad penal. La necesidad acuciante de impedir el colapso del sistema judicial no puede acarrear la extensión ilimitada del principio de oportunidad penal. Esta perspectiva puede resultar, además, particularmente peligrosa si la instrucción corresponde al Ministerio Fiscal (que en España depende del Poder Ejecutivo), como se preconiza en todos los modelos pre legislativos, y en el actual en trámite parlamentario. Además, el principio de oportunidad reglada⁷⁹⁰ no tiene cabida en la Constitución como obviamente sí el de legalidad.

⁷⁸⁸ La Instrucción de la FGE 1/1987, de 30 de enero, sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, trata, entre otros asuntos, del régimen de visados de la institución, que desarrollan posteriormente la Instrucción 2/2000, y la Instrucción 3/2008.

⁷⁸⁹ Recuerda MARAVER GÓMEZ, MARIO, “Vigencia temporal de la ley penal”, AAVV, (Dir. LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, *op.cit.*, pp. 119-137, que ciertamente el art. 25.2 CE es la única mención sobre los fines de la pena que aparece en la carta magna, lo cual no ha llevado a absolutizar la resocialización y reinserción como los únicos fines de aquella, según la doctrina del TC que cita existen otros igualmente legítimos señalando: “ATC 15/1984, de 11 de enero, FJ único; SSTC 19/1988, de 16 de febrero FJ 9; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 119/1996, de 8 de julio, FJ 4”.

⁷⁹⁰ Resulta interesante y curioso señalar, como hace GIMENO SENDRA, VICENTE *La simplificación de la justicia penal y civil*, *Colección Derecho Penal y Procesal Penal*, *op.cit.*, p. 40, de donde proviene el término “conformidad reglada” que el autor atribuye al fiscal Antonio González Cuellar, para evitar el término “oportunidad” a secas que aquél usó en un trabajo de los años 80.

Sin embargo, la introducción de la justicia pactada en el proceso penal español parece imparables. En realidad, no hay nadie interesado en que no adquiriera todo su vigor. El menos interesado el Estado, que ahorra recursos, tampoco los operadores jurídicos, que ven disminuida su acuciante carga de trabajo, y ni siquiera los propios justiciables que, aunque renuncian a sus garantías procesales, obtienen el beneficio de una reducción de condena y el alivio de descargarse la incertidumbre de un proceso. Incluso, la víctima, si se ve más fácilmente resarcida y repuesta en su situación previa al sufrir el delito, no tiene nada que objetar a la justicia pactada.

Al margen del gran ascenso del principio de oportunidad, y de forma paradójica, el Derecho penal se va expandiendo en el doble sentido de criminalizar un número creciente de conductas y de aumentar la punición de otras, al mismo tiempo que propugna la desjudicialización de muchos asuntos que no llegan a aclararse y explicarse en un juicio oral. La vía de despenalizar tales conductas y convertirlas en ilícitos administrativos (como ocurrió con algunas de las antiguas faltas en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP) podría ser un modo de descargar trabajo de los tribunales alternativo a la aplicación indiscriminada del principio de oportunidad.

A pesar de todo ello, resulta evidente la conveniencia de vías consensuadas de finalización anticipada del proceso penal, especialmente en aquellos asuntos donde el interés del Estado se encuentra ausente. Además, como la propia EM del BCPP 2013 recuerda, España como estado miembro de la UE, tiene el compromiso de la introducción de la mediación penal en su ordenamiento jurídico de conformidad con la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que aunque se muestre flexible en cómo ha de llevarse a cabo, ya que reconoce que habrá de respetar cada ordenamiento jurídico interno cuando implementen dicha institución, y podrá hacerlo con características propias, indudablemente tiene un contenido mínimo a respetar. El mismo aparece reflejado en su art. 12, que alude al derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora a las que la víctima podrá acceder y en el considerando 46 que perfila las características que han de tener los servicios de justicia restaurativa.

3.4.2.3. Investigación oficial dirigida por el Ministerio Fiscal.

La STC 41/1998, de 24 de febrero de 1998 (BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 1998) es habitualmente citada por haber declarado la constitucionalidad de la figura del juez de instrucción, pero también para justificar que nada obsta desde el punto de vista constitucional para que fuese otro el modelo, como el que efectivamente se implantó con la LORPM.⁷⁹¹

⁷⁹¹ En efecto la citada sentencia, que resolvía el recurso de amparo de Juan José Guerra González contra una sentencia del TS que lo condenaba por el delito de prevaricación, en su FJ 14º (ECLI:ES:TC:1998:41), indicaba “El art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo del juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del autor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988. La opción entre estos u otros modelos de justicia penal corresponde al legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas”. Estudia la crisis del modelo de juez instructor, FLORES PRADA, IGANCIO, “Modelo de investigación, papel del Ministerio Fiscal y derecho

Además de esta sentencia otras, STC 106/1989, de 8 de junio, o 32/1994, de 31 de enero, desarrollan esta misma idea. También la jurisprudencia ha señalado que investigar no es una función exclusiva del juez de instrucción por no ser una genuina expresión del poder jurisdiccional.⁷⁹²

La Jurisprudencia del TC ha reconocido la constitucionalidad de la figura del juez de instrucción, pero la doctrina la ha puesto en tela de juicio al afirmar que su encaje no deja de presentar fisuras y resultar incompatible con la función de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El juez instructor se ve “contaminado”, durante la investigación de la infracción criminal, en la medida que toma conocimiento del caso y psicológicamente se va formando un criterio sobre el asunto que, imperceptiblemente, le puede alejar de la imparcialidad, y de la ajenidad de aquél, ligando su trabajo a la consecución del éxito de la investigación, lo cual no quiere decir que los profesionales de la judicatura obren de esa manera, pero teóricamente al menos, el riesgo existe.

El Ministerio Fiscal español, en los últimos años, mediante sucesivas reformas procesales, ha ido asumiendo progresivamente un número creciente de funciones otorgándole un mayor protagonismo⁷⁹³, existiendo, incluso, alguna tentativa, fracasada por prematura, de asunción de mayor capacidad investigadora⁷⁹⁴. La primera más significativa fue la creación de

de defensa”, AAVV, (Dir. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías*, op.cit., pp. 115-139, sosteniendo que el sistema diseñado por la CE y el de la vigente LECr resultan de difícil ensamblaje. Tras citar algunas posturas que proclaman incluso la inconstitucionalidad de la figura del Juez Instructor, reconoce las disfunciones que este modelo crea en algunos derechos fundamentales, y, desde la visión práctica, la lentitud e inoperancia del sistema. Para este autor, el núcleo del problema es que el juez instructor sí es un órgano independiente, pero no necesariamente imparcial, lo que, bajo su criterio, sería solucionado pasando dicha función investigadora al Ministerio Fiscal.

⁷⁹² La relativamente reciente STC 85/2018, de 19 de julio, BOE nº 199, de 17 agosto 2018, que versaba sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos, contenía un voto particular que formulado por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, al que se adhirió el Magistrado don Fernando Valdés Dal Ré, que manifestaba: “ (...) lo que sí, indudablemente, corresponde a los órganos jurisdiccionales es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el ámbito penal, pero eso no significa que solo los órganos jurisdiccionales puedan llevar a cabo tareas de investigación de hechos que resulten presuntamente delictivos (...)”. Cita así las Cortes Generales o Asambleas autonómicas, que pueden formar comisiones de investigación dirigidas, en muchas ocasiones, a arrojar luz sobre hechos presuntamente delictivos, las actuaciones en el mismo sentido de las Administraciones Públicas -la Agencia Tributaria, por ejemplo- o incluso investigaciones del mismo orden operadas en el ámbito privado. Igualmente, en el voto particular que formula el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, alude a la desnaturalización constitucional de la labor investigadora que efectúa el juez de instrucción; “ (...) en mi opinión, ligar, sin más, el desarrollo de la “investigación” de un hecho criminal al ejercicio de la jurisdicción supone incurrir en un error que ha sido determinante para la decisión final de este recurso. En realidad, si la investigación de un hecho criminal fuera, en sí misma, equivalente al ejercicio de la jurisdicción (art. 117.1 CE), la primera consecuencia sería la de que el Ministerio Fiscal no podría investigar hechos presuntamente delictivos (...) En el proceso penal español, al margen de la supervivencia histórica del sistema de investigación criminal a cargo del juez de instrucción, no es esta, en los términos constitucionales expresados, una manifestación genuina del ejercicio de la jurisdicción, que se circunscribe a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, incluido, obviamente, el proceso penal.”

⁷⁹³ Hace ya más de una década se veía ya con claridad el rumbo que tomaba el Ministerio Fiscal asumiendo cada vez más funciones y dirigiéndose a la asunción de la investigación penal, y así lo manifestaba CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, “Presente y futuro del Ministerio Fiscal”, AAVV, (Coord. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, op.cit., p. 205, cuando ejercía el cargo de FG, al referirse al profundo cambio institucional y organizativo a que se encaminaba la institución como protagonista imprescindible de la justicia penal en España.

⁷⁹⁴ En relación con los precedentes más antiguos en España sobre la asunción de la investigación por el Ministerio Fiscal, DíEZ RIAZA, SARA, “La instrucción penal y el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Coord. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, op.cit., p. 107, cita el Anteproyecto de la LO 7/1988, en donde se previa un importante aumento de las funciones del Ministerio Fiscal, dándole una configuración de instructor paralelo, cejando en dicho empeño el Legislador ante la avalancha de críticas. Alude también a que la Jurisprudencia entendió la novedad de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal a modo

las llamadas diligencias de investigación, reguladas en los art. 773.2 LECr y art. 5 EOMF, en que se atribuyen a este órgano funciones tendentes al esclarecimiento de hechos delictivos practicando determinadas diligencias prejudiciales. Posteriormente, otras reformas procesales han ido transmitiendo al Ministerio Fiscal funciones cada vez más intensas en detrimento de los jueces de instrucción, tales como las relativas a los denominados juicios rápidos, delitos leves, y en cierta medida, en el procedimiento abreviado introducido por LO 7/1988, de 28 de diciembre, o LOTJ, o la más reciente Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, por citar unos ejemplos.

El cambio de mayor trascendencia, sin duda, se produjo con la promulgación de la LORPM, puesto que supuso un cambio de paradigma asimilable al actualmente en tramitación parlamentaria para la justicia de adultos. Se introdujo, por primera vez, en el ordenamiento jurídico español la figura del Ministerio Fiscal director de la investigación penal.⁷⁹⁵ La experiencia de la labor del fiscal en esta jurisdicción durante más de 20 años desde su entrada en vigor, pone de manifiesto la perfecta compatibilidad, no solo constitucional sino también práctica, de la dirección de la investigación por parte de esta institución, y del éxito del modelo adversarial con separación de funciones entre el Juez de Menores, en su faceta de juez de garantías y sentenciador, y el Ministerio Fiscal en funciones instructoras, y ello sin menoscabo alguno de las garantías procesales de los justiciables.

Otras reformas de carácter procesal de menos calado, se han sucedido después tales como modificaciones relativas al procedimiento abreviado, o los juicios rápidos con una suerte de pre-instrucción atribuida al Ministerio Fiscal, así como reformas puntuales en el EOMF para equiparar las exigencias hacia los fiscales en las diligencias de investigación equiparándolas a las de los jueces, o aumentando su autonomía frente al Gobierno.

Desde una perspectiva práctica, tendente a solucionar perentoriamente el colapso del sistema judicial, que es la razón que anima a las reformas del proceso penal español en los últimos años, y al margen de otras de orden dogmático-constitucional, la instrucción encomendada al fiscal goza, según se viene defendiendo, de ventajas sobre aquella del juez instructor. La primera es de tipo profesional, puesto que es el fiscal quien, por motivo de su labor, conoce mejor el material probatorio útil, las diligencias de prueba más eficaces, y las características de los órganos jurisdiccionales, en orden a configurar una investigación eficiente en términos prácticos y de economía procesal, tanto para continuar con aquella como para desistir de su prosecución. Por añadidura, concurre en el fiscal, a diferencia del juez instructor, un interés profesional en el fruto de su investigación.

de ensayo previo en una eventual regulación futura en que se atribuyese a éste la instrucción penal (STS de 25 de Junio 1993, RJA 1993/5244).

⁷⁹⁵ El art. 6 LORPM establece que el Ministerio Fiscal “dirigirá personalmente la investigación de los hechos,” definiendo el art. 23.3 LORPM en qué consiste la actuación instructora del Ministerio Fiscal: “el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada”, correspondiendo igualmente al Juez de Menores la declaración de secreto (art. 24 LORPM) y otra serie de decisiones fundamentales sobre el proceso tales como la celebración de la vista, el sobreseimiento, archivo, remisión de actuaciones, o práctica de prueba denegadas por el fiscal durante la instrucción (art. 33 LORPM) o la adopción de medidas cautelares, reguladas con carácter general (art. 28 LORPM).

Por otra parte, frente al carácter solitario propio de la labor del juez instructor, la del Ministerio Fiscal se caracteriza por su impronta colectiva cuya expresión es el principio de unidad de actuación, que conlleva la existencia de criterios uniformes en la forma de proceder en la investigación, y, consecuentemente, un mayor grado de seguridad jurídica. Otra ventaja, también relacionada con aspectos organizativos y funcionales, es la existencia en la Fiscalía de órganos especializados, secciones en las más diversas áreas delictuales y con funciones tuitivas⁷⁹⁶ que poseen una formación específica en determinados delitos, algunos de ellos de gran complejidad, y cuya experiencia y trabajo en equipo pueden resultar más eficaces que la labor (a pesar de la asistencia de órganos técnicos y policiales) del juez de instrucción.

Otra ventaja de orden psicológico⁷⁹⁷ que ofrece el trabajo instructor del fiscal respecto al del juez, es que éste tiene tendencia a practicar una investigación criminal muy exhaustiva por temor a que la Audiencia Provincial pueda revocar sus diligencias y, además, propende a admitir casi cualquier diligencia de prueba que las partes le soliciten, por la misma razón. Ese impedimento se superaría si la investigación penal fuera llevada por el Ministerio Fiscal que centraría sus esfuerzos meramente en aquélla, escogiendo las diligencias de prueba suficientes para poder formular la acusación. En general, casi toda la doctrina, considera que la instrucción por parte del Ministerio Fiscal sería más rápida, evitando duplicidades y consiguiendo una mayor eficacia y eficiencia.

Finalmente, la posibilidad de que tanto el órgano judicial como el Ministerio Fiscal puedan dirigir instrucciones en este sentido a la Policía Judicial podrían provocar solapamientos investigadores y pérdida de eficacia, algo que se evitaría atribuyendo en exclusiva esa función al Ministerio Fiscal. No obstante, la anterior afirmación, hay que aclarar que se trata más bien de una consideración de orden teórico ya que dichos solapamientos no se producen frecuentemente, por la simple razón del exceso de trabajo en las fiscalías y juzgados.⁷⁹⁸

Naturalmente, estas ventajas funcionales cuentan con la opuesta y notable desventaja, identificada y estudiada por la doctrina y sentida por la opinión pública y operadores jurídicos, de la duda sobre la imparcialidad de la institución.⁷⁹⁹ Una investigación penal llevada a cabo por un órgano sin suficiente garantía de su imparcialidad resulta una perspectiva turbadora. Aun

⁷⁹⁶ Cooperación internacional, Criminalidad informática, Delitos de odio y discriminación, Delitos económicos, Extranjería, Medio ambiente, Menores, Personas con discapacidad y mayores, Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, Seguridad Vial, Siniestralidad Laboral, Vigilancia penitenciaria y Violencia sobre la Mujer.

⁷⁹⁷ Esta ventaja es apuntada por GIMENO SENDRÁ, JOSÉ VICENTE, “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. extra 6/1989.

⁷⁹⁸ No conviene olvidar, que como constata GUIBERT OVEJERO, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 291-292, aunque refiriéndose a los altos costes de una Administración de ese tamaño, que en Alemania hay nada menos que 20.000 jueces y 5.000 fiscales, lo que cuadruplica el número de jueces y duplica el de fiscales, en relación con los existentes en España.

⁷⁹⁹ Poco antes de la promulgación del actual EOMF, el fiscal y magistrado del TS, JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO afirmaba en un artículo de opinión en la prensa (25 de abril 1981, Diario *El País*), que el auténtico “nudo gordiano” de la institución del Ministerio Fiscal eran sus relaciones con el Gobierno, y que la única forma de salvarla sería la “judicialización” del órgano, impidiendo que recibiese órdenes de aquél, desvinculándose de la órbita política. (https://elpais.com/diario/1981/04/25/sociedad/356997603_850215.html). La misma postura crítica la manifiesta IBARRA SÁNCHEZ, JUAN LUIS, “La instrucción penal en un proceso con todas las garantías: ¿por qué no debería instruir el fiscal?”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 10/2020. Los problemas, tanto de índole material, como funcional y orgánico, de que la investigación sea llevada por el Ministerio Fiscal, son analizados por HIDALGO GARCÍA, JOSÉ, “La imparcialidad del Ministerio Fiscal y el Poder Político”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal, op.cit.*, pp. 85-89.

siendo la imparcialidad un pilar básico de la estructura institucional del Ministerio Fiscal, la duda de su imparcialidad es la crítica de más calado respecto a la conveniencia de que sea el órgano encargado de la instrucción penal, particularmente la investigación de la llamada “delincuencia gubernamental” o relacionada con los poderes públicos con implicaciones políticas.

En el plano legal, la literalidad de las normas nada obsta a esa imparcialidad: como se ha señalado en otros apartados de este trabajo, los principios de legalidad e imparcialidad priman indubitadamente sobre los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que tienen una finalidad meramente instrumental. Adicionalmente, si se produjeran abusos existen previsiones, a las que ya se ha hecho alusión, para salvaguardar la imparcialidad. No obstante, se trata de una cuestión controvertida tanto a nivel doctrinal,⁸⁰⁰ como en los operadores jurídicos y la opinión pública, e incluso la propia FGE ha manifestado la necesidad de reforma del EOMF para dotarle de mayores cotas de imparcialidad si el ALECr llega a publicarse finalmente. Hay que considerar, además, que el desplazamiento de poder que se produce en el seno del procedimiento desde la figura del Juez de Instrucción al fiscal, acentúa el peligro ya existente en torno a la eventual manipulación del Ministerio Fiscal por el poder político, posibilidad real que sólo podría ser extinguida con una profunda reforma de su Estatuto orgánico para dotarlo de una imparcialidad reforzada.

En el ordenamiento jurídico español la exigencia de imparcialidad, en diversas expresiones, viene recogida en algunos artículos fundamentales; art. 2 LECr que consigna la obligación de consignar circunstancias favorables o desfavorables a todos los funcionarios involucrados en la investigación, o el art. 3.4 EOMF, que enumera las misiones del Ministerio Fiscal, al indicar que su posición puede ser la de quien sostiene la acusación como la de quien se opone a ella cuando otro la ejerce, “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”. La EM de la LECr 1882, refiriéndose a su labor, afirma que consiste en la averiguación de los delitos y su castigo, pero “sin dejar por esto de defender a la vez al inculpado inocente”. Numerosas instrucciones de la FGE insisten sobre este deber, a título ejemplificativo, Instrucciones FGE 2/2008 sobre funciones del Fiscal en la fase de instrucción en las que exhorta al Ministerio Fiscal a velar por el derecho de defensa y 8/2004 en el mismo sentido.

Adicionalmente, también las pautas interpretativas que ha de usar el fiscal en su trabajo deben satisfacer la exigencia de imparcialidad. Para ello, es preciso que sus razonamientos jurídicos resulten objetivos, razonables, previsibles y lógicos.⁸⁰¹

⁸⁰⁰ Dotar al fiscal de la facultad de dirigir la investigación oficial penal, afirma DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal como director de la investigación y como parte acusadora del proceso penal”, AAVV, (Dir. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal, op.cit.*, pág. 157-192, presupone que dicho órgano tiene que gozar de un estatuto de imparcialidad tal que la objetividad de aquella no se pueda ver amenazada de ninguna manera. Haciendo un repaso por la normativa que recomienda, o impone dicha imparcialidad al Ministerio Público encontramos, el art. 17 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, REC (2000) 19 sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia. En igual sentido las denominadas Reglas de Budapest, *European Guidelines on ethics and conduct for Public Prosecutors*, establecen la obligación del fiscal de actuar con imparcialidad, enumerando con detalle los criterios bajo los cuales debe desarrollar su labor (imparcialidad, desinterés personal, objetividad, ecuanimidad, suficiencia probatoria, búsqueda de la verdad y la justicia).

⁸⁰¹ Sobre la forma judicial de razonamiento basada en concatenaciones argumentativas realiza un interesante estudio GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, “Argumentación y prueba judicial”, AAVV, (Dir. FERRER BELTRÁN, JORDI, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL), *Estudios sobre la prueba*, UNAM, México 2010, pp. 89-131. El autor repasa los mecanismos por los que el juez llega a sus conclusiones ejemplificando sus afirmaciones con patrones jurisprudenciales y lógicos (inducción, deducción, factores probabilísticos, etc.). En cualquier caso, concluye el autor, la verdad judicial tiene un margen

La dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal se manifiesta en dos facetas: interna, entre los miembros de la carrera fiscal, y externa, de la institución respecto al Poder Ejecutivo. La primera se traduce en la tradicional estructura piramidal en que la que el FG imparte a sus subordinados órdenes que éstos deben cumplir, bien de carácter general, o bien, y esto es lo preocupante, de carácter particular, que el fiscal concernido deberá cumplir, aunque, como se ha visto, pueda en sus manifestaciones orales desvincularse de la misma.

Además de esta dependencia, la posibilidad de avocación permite al superior jerárquico sustituir a cualquier funcionario incómodo y, aunque exista discrepancia es poco probable que el Consejo Fiscal se decante por el fiscal sustituido que, por otra parte, simplemente manifestará su parecer sin carácter vinculante para el órgano fiscalizador. También podrá el FG designar un fiscal *ad hoc* para actuar en cualquier asunto determinado y ello sin ningún tipo de freno ya que la audiencia al Consejo Fiscal es meramente consultiva.

Finalmente, cabe también el traslado forzoso de un fiscal por disidencias graves con su Fiscal Jefe, atribuibles a aquél. En la historia reciente se han dado algunos casos en que los órganos superiores de la Fiscalía han usado de sus prerrogativas jerárquicas para imponer su voluntad sobre la del fiscal del caso, a la luz de las cuales las sospechas de la ciudadanía sobre la imparcialidad del Ministerio Fiscal quedan más que justificadas. Sin ser imparcial ni independiente, con una estructura interna y externa dependiente y jerarquizada, con la posibilidad de fiscales *ad hoc* y no predeterminados con una mínima garantía, unos funcionarios con una cantidad de funciones a su cargo desmedidas, su nuevo rol en el proceso muestra genera dudas razonables.⁸⁰²

importante de falibilidad a pesar de la complejidad y de las garantías existentes durante la toma de la decisión. Evidentemente los mecanismos razonadores del fiscal, solo participan de estos rasgos de forma parcial, pero sustancial.

⁸⁰² La autora DEL POZO PÉREZ, MARTA, “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.* pp. 41-57, examina en este trabajo la dependencia del FG respecto del ejecutivo, citando casos (no muy recientes) ocurridos en nuestro país en que la interferencia del Gobierno en la labor del Ministerio Fiscal ha resultado negativa (caso Faisán, caso De Juana Chaos, caso Camps, y caso Otegui). La profesora considera que no se puede atribuir la fase de investigación al Ministerio Fiscal con su configuración actual, es decir, dependiente del Poder Ejecutivo y sin mecanismos eficaces de garantizar su independencia, algo imposible si no se “blinda” a las injerencias externas. Por otra parte, el desmedido número de funciones que aborda el Ministerio Fiscal es también, sostiene, un inconveniente para añadir otra de tanta relevancia. Como propuesta de solución sugiere algunas reformas en el EOMF tendentes a asegurar la independencia del Ministerio Fiscal, y otras medidas, no menos importantes, de orden material como son plantear seriamente una memoria económica del coste de la puesta en marcha del cambio de instructor en el proceso penal, el consiguiente aporte financiero, y, finalmente plantea una cuestión inquietante ¿quieren los fiscales de a pie verdaderamente llevar la investigación? ¿se puede efectuar un giro copernicano en el proceso penal sin la aquiescencia de sus protagonistas? En relación con el impacto económico del ALECr 2020, el Ministerio de Justicia emitió una Memoria de Análisis de Impacto Normativo en enero de 2021 en la que, al referirse al impacto presupuestario, lo califica de positivo en términos de eficiencia, cuantificando los gastos que acarreará, a nivel central, en 1.088.051 euros por adaptaciones tecnológicas, y 7.471.000 euros por adecuación de infraestructuras del Ministerio Fiscal, sin estimar coste añadido alguno respecto a los gastos de personal, y a nivel autonómico en 241.000 euros por sede fiscal, sin costes de personal. En total la memoria estima un impacto presupuestario de 20.609.051 euros. El estudio pormenorizado del impacto económico que realiza la memoria (pp. 108-118) resulta hasta candoroso, al considerar que la reforma no acarrea ningún aumento de gasto de personal, cuando es evidente que la plantilla del Ministerio Fiscal (2.553 miembros en 2019) es a todas luces insuficiente para que este órgano asuma la investigación penal. La memoria ni siquiera menciona la cuestión, y expone las cantidades antedichas como, eso parece, bien pudiera haber llegado a otras cualquiera.

<file:///G:/TERCER%20CAP%C3%8DTULO/material%203er%20cap%C3%ADTULO/Anteproyectos/Anteproyecto%20informe%20impacto%20normativo.pdf>

Una faceta del Ministerio Fiscal que aboga por su configuración como director de la investigación criminal es su cualidad de defensor de las víctimas, que ha ido acentuándose progresivamente. Dicha exigencia viene reconocida en multitud de textos legales, desde instrumentos internacionales, como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, REC (2000) 19 sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia⁸⁰³, las Reglas de Budapest⁸⁰⁴, o, particularmente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y Consejo Europeo de 25 octubre 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

En el derecho interno español, la regulación más importante sobre el fiscal y su papel respecto a la víctima la contiene el art. 773.1 LECr, al señalar que velará por “la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito”. En la jurisdicción de menores el art. 4.1 LORPM alude, igualmente, a dicha labor al señalar “El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de las personas perjudicadas por las infracciones cometidas por las personas menores de edad (...)”, recogiendo el art. 3.10 EOMF recoge dicha función entre las correspondientes al órgano de la acusación pública.⁸⁰⁵

En relación a dicha obligación ha incidido la Instrucción FGE 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE donde se recalca que el Ministerio Fiscal debe defender los derechos de todos, pero particularmente, de los que sufren las consecuencias del delito y, especialmente, la Instrucción FGE 8/2005, 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las víctimas en el proceso penal. La instrucción 2/2009, de 22 de junio de la FGE, indica la conveniencia de que el fiscal, siempre que fuese posible y particularmente, cuando el hecho hubiese sido grave o trascendente, o en casos de víctimas vulnerables, escuche a aquéllos para ponderar correctamente los términos o conveniencia de la conformidad. Esta previsión de la instrucción de 2009, como se ha visto, ha sido acogida en el EVD y pasado a los anteproyectos de LECr.

La comparación con otros sistemas judiciales de nuestro entorno, la transposición de la normativa europea, y, en general, la línea doctrinal mayoritaria seguida desde tiempo atrás, conducen a la asunción de la dirección de la investigación criminal por parte del Ministerio Fiscal, tal como, finalmente, ha sido asumida por el Legislador español en todos los anteproyectos y borradores de la LECr habidos hasta la fecha. Pero para que la reforma tenga

⁸⁰³ El apartado 33 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, REC (2000) 19 sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia dice: “El Ministerio Fiscal deberá tener debidamente en cuenta de opinión y preocupaciones de las víctimas cuando sus intereses personales hayan sido lesionados y procurar que las víctimas sean informadas de sus derechos y de la evolución de las actuaciones, o facilitar esta información.”

⁸⁰⁴ El punto III m) de las Reglas de Budapest exige al fiscal tener en cuenta los intereses de las víctimas. La UE, en su empeño de buscar formas eficaces de cooperación judicial entre los estados miembros, estableció en 2002 la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, creando Eurojust contra formas graves de delincuencia. Igualmente, en el marco del Consejo de Europa, aprobó la Recomendación 19/2000 del Comité de Ministros sobre el papel del Ministerio Fiscal en el Sistema de Justicia Criminal: este instrumento creó la Conferencia de Fiscales Generales de Europa, ofreciendo una definición muy genérica sobre estos funcionarios. Relata la profesora DÍEZ RIAZA, SARA, “La instrucción penal y el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir.) BUENO OCHOA, LUIS, *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, *op.cit.*, pp. 100-103 que en el seno de ese órgano se creó en 2005, a su vez, una institución denominada Consejo Consultivo de Fiscales Europeos. Dicho órgano celebró la 6ª conferencia de fiscales en Budapest entre el 29 y 30 de mayo de aquel año, elaborando un importante documento denominado “Directrices europeas sobre ética y conducta para los representantes del Ministerio Público”, pero comúnmente conocido como “Reglas de Budapest”.

⁸⁰⁵ Al enunciar entre las funciones del Ministerio Fiscal la de: “velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.”

éxito es preciso que el Ministerio Fiscal tenga un verdadero poder de investigación y que pueda desenvolverse en la misma con un margen de actuación flexible y eficaz.⁸⁰⁶

En la actualidad las facultades investigadoras del Ministerio Fiscal, al margen del ámbito de la justicia de menores, solo se desarrollan en aplicación de lo establecido por el art. 5 EOMF y 773 de la LECr, las diligencias de investigación del fiscal, un mecanismo insuficiente y que le otorga pocas posibilidades de investigación efectiva, lo que ha conducido a que, en la práctica, sea un medio de indagación escasamente utilizado.⁸⁰⁷

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1995 se mostró favorable a la atribución al fiscal de la instrucción penal, aunque con una serie de adaptaciones y condicionantes. En la actualidad predomina la idea, mayoritariamente compartida, de que el fiscal debe asumir la instrucción de los procedimientos penales en la fase anterior al juicio oral y que las medidas de investigación y cautelares restrictivas de derechos deberán ser adoptadas por un juez o tribunal de garantías, lógicamente diferente al que se encargará después de enjuiciar la infracción penal.

Íntimamente ligado a la asunción de la dirección de la investigación oficial por parte del Ministerio Fiscal, se encuentra la novedosa organización de la Fiscalía. Es uno de los aspectos más innovadores que contempla el ALECr 2020 y lo separa de los anteriores de 2011 y 2013. Tan solo el primero de ellos previó, con carácter excepcional, algo similar al actualmente en trámite cuando se tratase de asuntos complejos.

El ALECr 2020 contempla en la base de la organización del Ministerio Fiscal los llamados Equipos de fiscales, órganos colegiados, permanentes, y autónomos con facultad para investigar. Por turno de reparto, se fijará un fiscal responsable de cada asunto que tenga entrada, y un fiscal coordinador del equipo. Las decisiones que se tomen sobre el procedimiento serán así colegiadas y solo se recurrirá al superior jerárquico en caso de discrepancia entre los miembros del Equipo. Se pretende, de esta manera, una optimización del trabajo, unidad de criterio y mayor calidad. Las reglas de reparto contempladas en el ALECr 20 siguen, en líneas generales, el modelo de 2011⁸⁰⁸ correlativas a las de competencia para determinar el Juez de

⁸⁰⁶ En este sentido relata GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 302, que el FG TORRES DULCE LIFANTE señalaba en el acto de apertura del año judicial de 2013: “incurre en la fase preparatoria en una grave inconsecuencia; atribuir la dirección de la investigación criminal al fiscal, y negarle, al mismo tiempo, la capacidad de maniobra precisa para llevarla a buen término.” Se estaba refiriendo al borrador de 2013, que preveía un sistema de intervención muy remarcada en la fase de instrucción del juez de garantías que podría, eventualmente, ir en detrimento de la agilidad y eficacia de la investigación.

⁸⁰⁷ Tomando en consideración los datos estadísticos ofrecidos por la Memoria de la FGE de 2021, se observa que desde 2016 al 2020, el número de diligencias de investigación incoadas ronda aproximadamente las 14.500 en el país, siendo la mayoría de ellas archivadas en las propias fiscalías sin remitir al juzgado, en proporción aproximada al 60-70%. Si se compara con el número total de procedimientos penales incoados en el año 2020 (1.840.128 frente a las 12.308 diligencias de investigación) se puede inferir su poca utilización y su escasa eficacia investigadora a la luz del alto índice de archivos en las propias fiscalías. La propia memoria constata esta circunstancia al afirmar (...)” Esta vía sigue siendo excepcional y minoritaria para recibir la *notitia criminis*, debido sin duda a sus limitaciones materiales y procesales, particularmente, desde la reforma introducida por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Hasta esa fecha, la indefinición en cuanto a la forma de recopilar datos obtenidos de proveedores de servicios de la Sociedad de la Información permitía la cesión de ciertos datos que podían servir para abrir una investigación por parte de la Fiscalía. Desde la reforma mencionada, y salvo supuestos excepcionales, todas esas cuestiones han de ventilarse ante un juez de instrucción”.

(https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/fiscalia_site/index.html).

⁸⁰⁸ El de 2013, como en otras materias, no decía nada al respecto.

Garantías, aunque se excepcionan determinados asuntos en función de la complejidad de su investigación o peculiaridades de la materia, acomodándose esta previsión de la capacidad auto organizativa y especializada de que goza el Ministerio Fiscal.

Conviene en este punto, y dado que el fiscal en el modelo del ALECr 2020 será el encargado de investigar, precisar cuál es la naturaleza jurídica de la fase de instrucción, cuestión sobre la que no existe una opinión unánime. Sustancialmente, cabe entender que existen diversos tipos de actos dentro de la instrucción y que no todos tienen la misma naturaleza, por lo que la propia instrucción tendría en su consecuencia una naturaleza mixta.

Hay que tener en cuenta que entre los actos instructorios existen actuaciones ajenas a los órganos jurisdiccionales, y otros que, sin embargo, precisan la intervención éstos. Dicha distinción resulta, pues, fundamental para determinar quién es el sujeto competente para su práctica; en general, cualquier diligencia instructora que suponga una injerencia en los derechos fundamentales del investigado ha de requerir la autorización del órgano judicial, en la medida que constituyen una manifestación del poder jurisdiccional contemplado en el art. 117 CE, tratándose de la adopción de aquellas medidas que tengan tal potencialidad, y de la prueba anticipada y preconstituida. El art. 117.3 CE al referirse a la potestad jurisdiccional, y paralelamente el art. 2.1 de la LOPJ, la atribuye exclusivamente “a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”, por lo que no hay duda alguna de que el Ministerio Fiscal no está incluido en esa categoría.

Ha habido quien ha afirmado incluso que la propia instrucción encomendada a un órgano jurisdiccional no es constitucional pues resulta incompatible con el significado de juzgar, conllevando otras actuaciones que no lo son propiamente⁸⁰⁹, si bien la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto en sentido contrario, como se ha visto supra. En una aproximación meramente terminológica y semántica las acepciones del término “juzgar” no parecen, en efecto, describir los actos de investigación procesal.⁸¹⁰ Por otra parte, en términos cuantitativos, la fase de instrucción suele comprender más actuaciones que no precisan necesariamente la intervención del juez, y sobre ellas, como se ha visto, la CE no contiene ningún pronunciamiento sobre quién puede llevarlas a cabo.

Al margen de la problemática relativa de la difícil disección de las funciones de investigación sin incidencia en derechos fundamentales y atribuibles al Ministerio Fiscal y las que no lo son, existen carencias estructurales que hacen difícil la asunción de la dirección de la investigación por parte del Ministerio Público. La mayor de ellas es la situación actual de la plantilla del Ministerio Fiscal⁸¹¹ que según la última memoria de la FGE de 2021 es delicada.⁸¹²

⁸⁰⁹ Se pronuncia en tal sentido GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal”, *Revista de estudios de la Justicia*, núm. 15/2011.

⁸¹⁰ El diccionario RAE, AAVV, *Diccionario de la lengua española, op.cit.*, en sus varias acepciones del verbo lo describe como “determinar si el comportamiento o un hecho de alguien, es contrario a la ley y sentenciar lo procedente”, o bien en su tercera acepción “formar opinión sobre algo o alguien”, o sucesivamente, “considerar a alguien o a algo de la manera que se indica, creer u opinar algo, o afirmar, previa comparación de dos o más ideas, las relaciones que existen entre ellas”. Ninguna de estas definiciones conduce a la percepción de un juez desarrollando labores de investigación, salvo, quizá, dando un salto conceptual al momento de decisión de cada actividad instructora individual.

⁸¹¹ Entre las conclusiones que a que llegó una de las Mesas, la relativa a la Investigación penal, el Ministerio Fiscal y el juez de garantías, en las Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal, celebrada el 25 y 26 de abril de 2013, se citaban,

Este mismo documento recoge datos estadísticos tomados de la Memoria de la FGE de 2020, según los cuales la media europea de fiscales por cada 100.000 habitantes, es de 11, frente a los 4,86 españoles. Por su parte, de los datos extraídos de la Memoria del CGPJ se cifran en España en 1.680 los órganos judiciales de instrucción penal, que, si fuesen atendidos por fiscales abocarían al órgano a su paralización, ya que el Ministerio Fiscal, además de intervenir en esa fase procesal, debe obviamente seguir haciéndolo en la fase intermedia, en el juicio oral y en la ejecución, sumando a ello la cada vez más intensa intervención en el orden civil, jurisdicción de menores, y, en menor medida, jurisdicciones social y contencioso-administrativa. La memoria cita el caso del Ministerio Fiscal francés, sometido a una gran tensión por su carencia de plantilla, que ha conducido a delegar las investigaciones en la Policía con la consiguiente falta de garantías que ello comporta, tanto en lo valorativo como en lo funcional, particularmente en ámbitos complejos de delincuencia.⁸¹³

3.4.2.4. Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal restrictivas de derechos fundamentales y Juez de Garantías.

Un elemento clave sobre el que centrar nuestra atención en el esquema de dirección del Ministerio Fiscal de la investigación oficial, es conocer con qué medios de investigación bajo su disposición puede contar este órgano del Estado para realizar esta tarea, y cuáles pueden suponer una restricción de derechos fundamentales cuya adopción debería corresponder al juez de garantías. En el régimen actual, la adopción de prácticamente todas las medidas investigatorias corresponde al juez de instrucción, pero en el futuro modelo de investigación criminal a cargo del Ministerio Público, procede estudiar en qué medida éste podría acordar algunos de estos medios de investigación sin chocar con reservas constitucionales.

La instrucción a cargo del fiscal tiene como uno de sus objetivos, como se ha indicado, una pretendida mayor agilidad, economía y eficiencia, todo ello sin merma de las debidas garantías del justiciable, por lo que resulta fundamental encontrar un punto de equilibrio entre el derecho

AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, pp. 9-13, de forma muy sintética, los inconvenientes que observaban los participantes, entre ellos algunos fiscales, a la asunción de la investigación por parte del Ministerio Fiscal, y además de otros concernientes al BCPP 2013 en torno a los que giró la reunión, señalaban algunos que se consideran hoy vigentes, cual es el exceso de funciones que asumen actualmente los fiscales -que cuantificaban en 16-, amén de la falta de recursos suficientes para abordar un cambio de paradigma de tal magnitud.

⁸¹² La memoria de la FGE de 2021 lo expresa de la siguiente manera: "(...) lo cierto es que los y las fiscales se encuentran hoy en día al borde del colapso. Reformas de menor calado, como la aprobación del sistema de plazos de instrucción que instauró la Ley 41/2015, de 15 de octubre, evidenciaron las notables carencias personales y materiales que sufre nuestra institución" p. 29. A este respecto AGUT GARCÍA, MARÍA TERESA, "Los plazos de instrucción: análisis crítico del art. 324 LECr", AAVV, (Dir. VALENCIA SÁIZ, ÁNGEL), *Desafíos actuales del Derecho*, Universidad de Málaga, Málaga 2020, pp. 1246-1262, recuerda como inmediatamente después de la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, jueces y fiscales tuvieron que implicarse a fondo durante extenuantes jornadas para examinar y poner al día miles de expedientes para evitar su prescripción, y ello a pesar de la cínica afirmación de la Disposición Adicional única en el sentido de que la aplicación de la reforma no conllevaría ni aumento de personal ni de gasto. Además, menciona la tan criticada falta de claridad del precepto -hasta el punto de haber precisado de la circular 5/2015 de la FGE, para aclarar su interpretación-.

⁸¹³ La sobrecarga de trabajo de los fiscales es una situación extendida por toda Europa. En su trabajo PERRON, WALTER, "Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso en Alemania", AAVV, (Coord. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales, op.cit.*, p. 74, cifra la cantidad despachada de 1.400 procesos por fiscal en el año 2.012 en el país germano.

a una instrucción y un juicio sin dilaciones indebidas y el respeto de las garantías procesales y derechos fundamentales. Considerando la eventual asunción por parte del fiscal investigador de alguna de las diversas diligencias probatorias, se pasa a estudiar, a continuación, las inspecciones, registros e intervenciones corporales, la recogida y conservación de muestras biológicas, la entrada y registro en lugares y efectos, la intervención de las comunicaciones y, finalmente, las medidas cautelares, con el objeto de calibrar las posibilidades de actuación de este órgano.

3.4.2.4.1. Inspecciones y registros corporales.

En general, por inspección se entiende cualquier modo de reconocimiento en el cuerpo humano, incluyendo modalidades muy intrusivas. El derecho fundamental que pueden vulnerar este tipo de pruebas ha solido ser identificado con el de la intimidad, en tanto que aquello que el investigado no quiere que se conozca pertenecen a su esfera personal.⁸¹⁴

El TC ha exigido como doble requisito para la limitación de dicho derecho la necesidad de habilitación legal y resolución judicial para la adopción de la medida: esta última no viene exigida por una previa reserva constitucional, como los referentes al derecho a la inviolabilidad de domicilio, art. 18.2 CE, o el secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE. No obstante, aquella viene exigida, en último término, por el derecho a la dignidad personal (art. 10.1 CE) y la evitación del trato degradante (art. 15 CE). El TC, en una posterior evolución jurisprudencial, en base a la falta de reserva constitucional de resolución judicial para limitaciones sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen del art.18.1 CE⁸¹⁵, ha flexibilizado aquella exigencia, aunque demandándola con carácter general, a salvo de intervenciones corporales de carácter leve practicadas por la Policía Judicial en caso de necesidad y urgencia, cuando existiere un fin constitucionalmente legítimo, previsión legal, y observando el principio de proporcionalidad en sus tres expresiones de idoneidad, necesidad y ponderación. Igualmente, el TEDH en casos de medidas restrictivas al derecho a la intimidad tampoco ha exigido resolución judicial para tal supuesto, pero si proporcionalidad, legitimidad del fin, y adecuación.⁸¹⁶

⁸¹⁴ La reciente STC 172/2020, de 19 de noviembre, (BOE núm.332, de 22 de diciembre de 2020) que más adelante se estudiará, define las inspecciones y registros corporales como “aquellas que “consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.)” diferenciándolas de las llamadas intervenciones corporales que la propia sentencia define como: “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado”.

⁸¹⁵ En relación a los requisitos que la Jurisprudencia constitucional exige para considerar justificada la injerencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) recuerda BLANCO, AGUSTÍN EMMANUEL “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, núm. 1/2021, aquella exigía, a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, b) que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley, c) que, como regla, general se acuerde mediante resolución judicial motivada, y d) observancia rigurosa del principio de proporcionalidad en su triple posición de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (STC 70/2002, de 3 de abril de 2002, -BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002- FJ 10).

⁸¹⁶ A título de ejemplo, STEDH *Leander contra Suecia*, 26 II 87, y STDH *Gaskin contra Rusia* S 7 VI 89.

El reconocimiento corporal exterior fue objeto de estudio por la STC 172/2020 de 19 de noviembre al analizar el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 20.1 de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de seguridad ciudadana que contempla la posibilidad de registro corporal superficial para el hallazgo de elementos importantes en relación con las labores de investigación del delito.⁸¹⁷

En el Anteproyecto de LECr de 2011 la inspección corporal externa se encontraba regulada en el art. 255, en términos bastante similares, aunque de forma menos exhaustiva que la LO 4/2015, refiriéndose a la misma como aquellas de “naturaleza externa y sin injerencia física” sobre el cuerpo del investigado. El texto distinguía entre intervenciones corporales leves en el art. 258 y graves en el art. 259.⁸¹⁸ Para el primer grupo, tales como obtención de cabellos, uñas, saliva, huellas dactilares... se consideraba suficiente con la autorización del fiscal cuando el afectado no otorgue su consentimiento. En caso de tratarse de intervenciones graves sería siempre precisa la autorización del Juez de Garantías a petición del Ministerio Fiscal.

En el BCPP 2013, el capítulo III, del Título II, se ocupaba de las inspecciones e intervenciones corporales (arts. 281-286) e investigación mediante ADN (arts. 287-290). En los registros corporales externos el art. 281 mostraba una identidad sustancial con el art. 20 de la LO 4/2015 de Protección ciudadana⁸¹⁹, encomendándose, aun contra la voluntad del afectado, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en las condiciones que señala el propio artículo.

⁸¹⁷ La STC 172/2020, de 19 de noviembre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana (LOPSC). Según los recurrentes algunos preceptos del mencionado texto legal infringían derechos constitucionales fundamentales, entre ellos, en lo que concierne a este apartado, el registro corporal externo y superficial (que podía incluir desnudo total o parcial) vulnerarían los arts. 10.1, 15, y 18.1 CE. El FJ 4º de la sentencia trata minuciosamente la cuestión de los registros corporales externos, regulados en el art. 20.2 de la LOPSC. El propio artículo, en su apartado tercero, enumera los principios a respetar en la práctica de la inspección superficial: proporcionalidad, igualdad de trato, y no discriminación (recogidos en el art. 16.1 del mismo texto legal), injerencia mínima, practicados con el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, así como con el suministro de suficiente información sobre las razones de efectuar tal registro. El núcleo del análisis judicial se centra en ver si, con tal configuración, se vulneran el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o el de la integridad física y moral (art. 15 CE). En relación a la primera supuesta infracción del derecho a la intimidad personal, el TC, usando pautas valorativas de tipo cultural (“pudor y recato”), considera que los registros superficiales que no suponen desnudo, son descartables como vulneradores de aquel derecho. Aquellos registros que pueden suponer un desnudo integral o parcial, requerirán una ponderación circunstanciada en cada caso que deberá satisfacer el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por lo que, el TC considera que la letra b) del art. 20.2 no vulnera el derecho a la intimidad personal y, por consiguiente, no es inconstitucional. Dicho precepto es el siguiente: “Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.”

⁸¹⁸ Que serán, según dicción del art. 259.1º ALECr 2013: “aquellas que tengan por objeto la extracción de cualquier sustancia o elemento que deba obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo del afectado, y en todo caso cuando para recogerlos sea necesario ocasionarle dolor o sufrimiento, administrarle anestesia o someterle a sedación, la intervención se reputará grave y requerirá autorización previa del Juez de Garantías cuando el afectado no preste su consentimiento”.

⁸¹⁹ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, art. 20, fija las siguientes condiciones para su práctica “1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes: a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia. b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó. 3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización. 4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”

Para el examen radiológico del sospechoso (art. 282) a falta de su consentimiento, tendría que ser recabado del Tribunal de garantías previa petición razonada del fiscal, exigible siempre, incluso con conformidad del sospecho, cuando se tratase de la exploración de cavidades vaginal y rectal (art. 283).

En caso de intervenciones corporales, que “exijan la práctica de una intervención con el fin de extraer cualquier sustancia u objeto alojados en el interior del cuerpo del sospechoso, de forma que su práctica exija la administración de anestésicos o sedación, resultará indispensable la autorización judicial, aun cuando el afectado hubiera prestado su consentimiento”, establecía el borrador, aunque, mediando consentimiento del investigado y razones de urgencia, la podría autorizar el fiscal con dación inmediata de cuenta al Tribunal (art. 284). En el resto de supuestos contemplados en el artículo, toma de muestras sin acceso a zonas íntimas y huellas dactilares, bastaba con el consentimiento del investigado y, si éste no es dado, debería solicitarlo el fiscal al Tribunal de garantías.

Las garantías para el investigado en ambos anteproyectos son muy notables. En ambos, además, la amplitud del control se modula en función de la gravedad de la intromisión en el derecho a la intimidad del investigado.

En el ALECr 2020, el Capítulo IV, del Título I (Los medios de investigación relativos a la persona investigada) del Libro III, se ocupa de las inspecciones e intervenciones corporales (arts. 324-330) asumiendo los requerimientos elaborados en las últimas décadas por la jurisprudencia del TS y del TC⁸²⁰ y en términos similares a los dos anteriores proyectos. Se distinguen así aquellos que no suponen una injerencia en el cuerpo, tales como cacheos o registros superficiales, practicables por la Policía con los requisitos ya vistos, o aquellos que exigen dejar a la vista zonas normalmente cubiertas del cuerpo, en los que se aplica el mismo régimen ya examinado. Finalmente, aquellas actuaciones que requieran observación directa, o acceso a las cavidades rectal o bucal, requerirán siempre autorización judicial y ser practicadas por personal sanitario.

En el examen radiológico se pueden distinguir dos modalidades en la práctica de este tipo de pruebas,⁸²¹ según puedan o no tener un eventual riesgo –radiaciones- en la persona del investigado. El ALECr 2011 el art. 256 c) exigía para la realización de la inspección radiológica la autorización del Ministerio Fiscal, en tanto que el BCPP 2013 (art. 282), dedicado en exclusiva a este tipo de examen, precisaba el consentimiento del investigado para llevarse a cabo, y en su defecto debería ser acordado por el Tribunal de Garantías mediando petición razonada del Ministerio Fiscal. Nuevamente, se observa en este último Anteproyecto una menor capacidad por parte del Ministerio Fiscal de adoptar diligencias de prueba en el curso de la investigación.

Respecto a la prueba dactiloscópica ambos Anteproyectos mostraban también posturas discrepantes. En el de 2011 ante la negativa del investigado bastaría para su realización con la autorización del Ministerio Fiscal (art. 257.2), en tanto que en el de 2013 resultaba precisa autorización del Tribunal de Garantías, previa petición del Ministerio Fiscal. En el derecho

⁸²⁰ Entre ellas STS de 2623/2000 de 31 de marzo (ROJ:STS 2623/2000), y STS 5713/1997 de 29 de septiembre (ROJ:STS 5713/1997).

⁸²¹ Consistentes en rayos X, tomografías axiales computerizadas TAC, o resonancias magnéticas.

comparado el examen dactiloscópico, caso de Francia e Italia, en caso de negativa, corresponde su adopción al Ministerio Fiscal, o incluso, en Alemania puede practicarlo según la Ordenanza procesal, con oposición del sospechoso, la propia policía.

3.4.2.4.2. Intervenciones corporales.

Las intervenciones corporales conllevan una intromisión sobre el cuerpo del investigado para extraer de él diversas sustancias que serán posteriormente analizadas para la averiguación del delito.⁸²² En algunos casos dichas intervenciones pueden suponer, incluso, algún riesgo de salud para el investigado. La regulación vigente relativa a las intervenciones corporales se encuentra en el art. 363 LECr en su redacción dada tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal.⁸²³ La redacción del anterior artículo ha sido criticada por imprecisa, por no preverse que deba ser practicada por personal sanitario, por limitarse a las pruebas de ADN, y por no proscribir expresamente actuaciones peligrosas para la salud del investigado.⁸²⁴ El TC ha desarrollado una conceptualización acerca de la intervención corporal en la que supuso un hito la STC 2017/1996, de 16 de diciembre, cuyas criterios de clasificación y aportes jurisprudenciales han sido tenidos en cuenta por las modificaciones legales aludidas, siendo la intimidad corporal una manifestación de la más genérica intimidad personal. Las diligencias consideradas intervenciones corporales pueden ser verdaderamente muy variadas, tales como; analíticas de sustancias biológicas humanas; radiografías; electros; tactos vaginales o rectales; reconocimientos sobre el cuerpo humano; o tests físicos o psíquicos.

⁸²² Elabora un concepto de intervención corporal en base a la limitación de derechos que supone su práctica, en concreto los derechos de intimidad, e integridad física y moral MATALLÍN EVANGELIO, ÁNGELA, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, pp. 10-29, exponiendo las contradicciones existentes entre distintas definiciones doctrinales. Según la autora, que se basa para su toma de postura en los significados gramatical, doctrinal y jurisprudencial sobre esta diligencia de prueba, no existe una definición unívoca. En sentido amplio entiende que intervención corporal es aquella que limita derechos fundamentales de la persona, y más concretamente, los derechos fundamentales supra señalados, si bien, según sostiene, hay que examinar cada tipo de intervención y sus circunstancias a la luz de los derechos fundamentales para entender si se produce o no limitación de éstos; pone así el ejemplo de un corte de un mechón del sospechoso, que no afectaría al derecho a la integridad física/moral, pero sí a su derecho a la intimidad. Naturalmente, entender la limitación al derecho fundamental supone previamente, defiende la investigadora, conocer los contornos de éste. En el caso del derecho a la intimidad la jurisprudencia constitucional ofrece contenidos matizables sobre aquél, pero la autora considera el más acertado el fijado en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, que lo identificaba con el ámbito propio y reservado excluido a los demás y necesario para poder tener una mínima calidad de vida. El otro concepto que aborda para dar contenido al de intervención corporal ilícita es el derecho a la integridad física y moral. También su definición es variable, pero estima que, a los efectos del asunto estudiado, se trataría de la inviolabilidad de la persona en su esfera física y espiritual, aunque, ciertamente, no de cualquier magnitud.

⁸²³ Establece el art. 363 LECr “Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”

⁸²⁴ Sostiene GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Los actos de investigación garantizados”, MONTERO AROCA, JUAN, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, op.cit.*, pp. 236-238, que los actos de injerencia en la integridad corporal deberían ser siempre acordados por el Juez de Instrucción salvo consentimiento del titular del derecho afectado, en cuyo caso podrían ser acordados por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, practicados siempre por personal cualificado, llevarse a cabo tan solo si no pueden reconducirse mediante pruebas periciales, y en ningún caso acordarse cuando exista peligro grave para la salud del investigado.

El art. 778.3 LECr establece el régimen para la obtención de muestras o vestigios biológicos⁸²⁵ de forma bastante genérica al aludir simplemente a dichas sustancias. La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, recoge en su art. 3.1 la inscripción de identificadores a partir de ADN en el anterior supuesto.⁸²⁶ En todo caso, es solo el Juez quien puede autorizar la toma de muestras de ADN contra la voluntad del investigado.⁸²⁷

Recapitulando, se puede concluir que las intervenciones corporales no tienen reserva constitucional a favor del juez para su adopción. No toda limitación o restricción de un derecho durante la investigación de un hecho delictivo, acarrea la necesidad de que sea el juez quien la acuerde, según ha establecido la jurisprudencia del TC y TS. Mediando habilitación legal algunas de ellas⁸²⁸ pueden ser practicadas por la Policía, y, con mayor razón, acordadas por el Ministerio Fiscal.

A este respecto el ALECr 2011 distinguió dos tipos de modalidades de intervención corporal según su grado de intensidad en la intromisión: graves cuando debían practicarse en zonas íntimas, en el interior del cuerpo, causando sufrimiento o precisando anestesia o sedación (art. 259); y leves (art. 258), “dirigidos a la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exijan acceder a zonas íntimas de la persona ni causarle mayor dolor o sufrimiento (...)”. En este supuesto su adopción correspondería al Ministerio Fiscal en caso de que el investigado no diere su consentimiento. Con respecto a las huellas dactilares, también sería precisa la autorización del Ministerio Fiscal en caso de falta de consentimiento del investigado (art. 258.2), mientras que las primeras atañerían al Juez de garantías y deberán practicarse por personal médico o sanitario. El juez valoraría adicionalmente el riesgo, si lo hubiere, que pudiera comportar la práctica de la intervención, y no la permitiría si conllevara riesgo cierto y directo para la vida o salud del investigado, según establecían el resto de párrafos del art. 259. Finalmente, el art. 260 preveía la posibilidad de ejecución coactiva de una práctica ordenada a la que el investigado se opusiera. El modelo así diseñado encontraba un buen punto de equilibrio entre el respeto al derecho fundamental del investigado y la celeridad debida del proceso.

En el BCPP 2013 las intervenciones corporales se encontraban contempladas en el art. 284, dedicándose el art. 283 a la exploración y observación de cavidades vaginal y rectal. Este proyecto no realizaba distinciones entre las mismas, más allá de las expresadas, exigiendo que cualquier intervención corporal tuviera que ser autorizada por el juez. En el caso del art. 283, aun mediando el consentimiento del afectado, el fiscal debería solicitar razonadamente al Tribunal de Garantías la práctica de la diligencia, que tendría en cuenta para su adopción los

⁸²⁵ Según el art. 778.3 LECr, el juez puede autorizar, en el curso de la investigación, al médico forense u otro perito, la recogida de muestras o vestigios, que serán remitidos al laboratorio con constancia de ello.

⁸²⁶ El art. 3.1 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, señala los identificadores a inscribir en la base de datos policial, pero sólo en casos de delitos graves con uso de fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas. Entre los delitos comprendidos se encuentran los relativos a delincuencia organizada según el art. 282 bis, apdo.4º LECr.

⁸²⁷ El art. 520.6.c) LECr prevé el caso de negativa del sospechoso a la recogida de muestras por frotis bucal. En tal caso, el juez de instrucción podrá imponer su obtención forzosa, inclusive por medios coercitivos, si bien proporcionados y respetuosos con la dignidad de aquél.

⁸²⁸ Inspecciones, registros, e incluso inspecciones corporales leves.

principios de utilidad, necesidad y proporcionalidad. En el caso del art. 284, la autorización del Tribunal también era preceptiva, incluso si la hubiera autorizado el investigado, a excepción de que concurriesen razones de urgencia y mediase conformidad del afectado, caso en el que el fiscal podría autorizarlo dando cuenta inmediata al Tribunal.

En aquellas otras intervenciones corporales para toma de muestras, pero sin acceso a zonas íntimas, bastaba con el permiso del investigado. Por tanto, la única posibilidad de que el fiscal autorizase una intervención corporal se daría cuando el investigado hubiere consentido, y concurriesen razones de urgencia.

Un somero repaso de derecho comparado⁸²⁹ sobre el régimen de las intervenciones en otros países de nuestro entorno arroja el siguiente resultado: en Alemania la autorización para la toma de muestras de sangre corresponde al Juez y solo en caso de urgencia al fiscal (arts. 81 a 1 y 2 StPO); en Italia se sigue igual sistema (art. 359 bis en relación con arts. 244 y 245 CPPI); siendo posible en Francia acordarla, tanto por el Juez, como por el fiscal, para los delitos de naturaleza sexual (art. 776 CPPF). En este aspecto el sistema de los EEUU es el más laxo, ya que la extracción de muestras de ADN, incluso coercitiva, corresponde a agentes de la autoridad, existiendo bases de datos de ADN sin autorización del juez ni del fiscal.

El ALECr 2020 sigue la impronta de la doctrina del TC y de las aportaciones de los ALECr 2011 y BCPP 2013 en lo relativo a las intervenciones e inspecciones corporales.⁸³⁰ En general, aquellas que se producen sin injerencia en el cuerpo humano, tales como cacheos registros superficiales etc. pueden ser practicadas por los agentes de la Autoridad concurriendo los requisitos legales que establece el propio Anteproyecto. Si se trata de zonas íntimas en las que es precisa la palpación deberán ser practicadas por agente del mismo sexo y en un lugar reservado. Si el examen ha de producirse en la cavidad vaginal o rectal, será siempre preciso autorización judicial y deberá ser practicada por personal sanitario. En el caso de las intervenciones corporales, cuando se trate de extracción de sustancias o de la toma de muestras del cuerpo, el TC ha distinguido entre intervenciones corporales leves y graves.

Se consideran leves cuando no exigen el acceso a zonas íntimas y no causan dolor, y graves si es precisa la extracción de sustancias o elementos del cuerpo, y necesaria anestesia o sedación. En este último caso el régimen exigible es más exigente, y resulta solo posible ante delito grave y siempre que no corra riesgo la salud de la persona investigada. En todo caso es precisa autorización judicial y la práctica se debe llevar a cabo por personal sanitario. Exceptúa de este régimen la venopunción y la punción digital, que por su menor lesividad son autorizables por el Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto establece en paralelo la obligación del investigado a someterse a la prueba acordada de forma legítima. En caso de negativa por el investigado el juez de Garantías

⁸²⁹ CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “La prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual” CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, SANDE MAYO, MARÍA JESÚS, *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos, La Ley*, Madrid 2012, pp. 247-249.

⁸³⁰ Estudia, concienzuda y sistemáticamente y con carácter crítico, el diseño de este tipo de intervenciones en el BCPP 2013 el profesor ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Inspecciones e intervenciones corporales e investigaciones mediante ADN en el borrador del nuevo Código de Proceso Penal español”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal*, 25 y 26 abril de 2013, op.cit., pp. 600-625.

puede obligarle a su cumplimiento forzoso por medio de la imposición coactiva de la intervención corporal.

La regulación relativa a las intervenciones e inspecciones corporales abarca los arts. 324 al 330 ALEC 2020.⁸³¹ El art. 322 ALEC 2020 establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están legitimados para realizar inspecciones corporales consistentes en registros externos y aquellos en los que no exista injerencia física.

El art. 325 ALEC 2020 atiende a la forma de su práctica, que deberá ser lo menos lesiva y lo más respetuosa posible con la dignidad e intimidad del investigado. El art. 326 ALEC 2020, en referencia a las intervenciones corporales consistentes en actuaciones sobre el cuerpo o en extracción de sustancias y elementos del mismo o toma de muestras biológicas, establece este requisito de la menor lesividad y del respeto a la dignidad e intimidad. El art. 327 ALEC 2020 se refiere a la extracción de cabellos, uñas, mucosa bucal, y otras sustancias, en las que no es preciso acceder a las zonas íntimas y en las que no se causa dolor o sufrimiento, y habilita al médico forense para la práctica de las mismas en el caso de consentimiento por el investigado, procediéndose en caso contrario según establece el art. 329 ALEC 2020 (ejecución coactiva). El art. 328 ALEC 2020 regula las intervenciones corporales graves a las que anteriormente se ha hecho referencia: la extracción de cualquier sustancia o elemento de zonas íntimas o del interior del cuerpo, o que requieran la administración de anestesia o sedación, se consideran graves y, por ello, requieren la autorización del juez de garantías aun mediando el consentimiento del afectado. Dicha autorización también será necesaria para la venopunción y la punción en el caso de oposición del investigado.

Si la práctica de esta diligencia de prueba pudiera suponer un riesgo para el investigado, el Ministerio Fiscal tendrá que solicitar un informe médico sobre esa eventual afectación y entregarlo junto con la solicitud al juez de garantías. La prueba en cualquier caso no podrá llevarse a cabo salvo que sea objetivamente necesaria y no exista otro medio menos lesivo de averiguación. En cualquier caso, la prueba no se puede efectuar si el riesgo para la vida o integridad del investigado a consecuencia de su práctica es cierto y directo.

El artículo 329 ALEC 2020 hace alusión a la ejecución coactiva de las pruebas aludidas. El principio general es que el investigado resulta obligado a someterse a las pruebas autorizadas de forma legítima, y si se opusiera, el juez de garantías puede obligarle al cumplimiento forzoso si resulta imprescindible para los fines de la investigación y adoptando las medidas que considere oportunas para su realización forzosa. El informe del Consejo fiscal sobre este artículo manifestaba que, en cualquier caso, debería constar expresamente que es el Ministerio Fiscal quien debe solicitarlo.

Finalmente, el art. 330 ALEC 2020 se ocupa de la inspección o intervención corporal sobre personas no investigadas. Establece que, con las condiciones anteriormente referidas, cualquier persona podrá ser requerida para la inspección o intervención corporal correspondiente, si esta resulta indispensable para la comprobación de los hechos. El punto

⁸³¹ La regulación acerca de las inspecciones e intervenciones corporales, dentro de un marco más general, es analizada por NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, “Los medios de investigación relativos a la persona investigada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, núm. 4/2021.

tercero del referido artículo manifiesta que podrán ser rehusadas por los mismos motivos por los que puede excusarse la declaración como testigo conforme a esa ley.

3.4.2.4.3. Recogida y conservación de muestras biológicas.

El art. 326.3 LECr⁸³² regula la recogida de muestras o vestigios biológicos.⁸³³ El acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de fecha 31 enero 2006 acordó que la policía judicial pudiese recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospecho sin necesidad de autorización judicial.⁸³⁴ Sin embargo, con carácter general, será el Juez de Instrucción quien las autorice, y solo la Policía Judicial en caso de que exista peligro de su desaparición. La STC 179/2006, de 14 de febrero, (BOE, núm. 60 de 11 de marzo de 2014) aporta una interpretación más flexible sobre la amplitud de las funciones de la Policía Judicial al respecto, ya que su mayor cualificación técnica les otorga en esta materia una capacidad investigadora muy remarcable.

Cuestión problemática es la conservación de las muestras biológicas, en tanto que dicho material tiene la consideración de información de carácter personal, según jurisprudencia del TEDH por lo que su mera conservación (se use o no posteriormente) puede comprometer el derecho a la intimidad personal del art. 8.1 CEDH. La regulación española sobre la materia se encuentra en la LO 90/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN⁸³⁵, que en su art. 3.1 recoge los tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policía, tratándose de los extraídos a partir de ADN en el curso de investigaciones criminales, y por la Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior.

No resulta fácil conjugar el derecho fundamental a la intimidad y vida privada (art. 16.1 CE) y la obligación del Estado a garantizar la seguridad ciudadana y a la persecución del delito. En este sentido la jurisprudencia del TEDH, que considera la mera tenencia de datos de carácter personal en el fichero policial contrario al art. 8.1 del CEDH, y la del TS español, mantienen posturas distintas ya que, a tenor de las conclusiones del Pleno no jurisdiccional de 24 septiembre 2014, no deduce tal cosa en relación al art. 16.1 CE⁸³⁶. En la investigación penal a

⁸³² El 326.3 de la LECr dispone: “cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.”

⁸³³ Sobre la problemática de la toma de muestras por la fuerza ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La toma coactiva de muestras del imputado (análisis sanguíneo, huellas dactilares, muestras genéticas)”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales, op.cit.*, pp. 135-144.

⁸³⁴ Sobre esta cuestión ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La protección del derecho a la intimidad en la toma de muestras de ADN a fines de investigación penal”, *Ius et Scientia, Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, núm. 98/2017.

⁸³⁵ En opinión de GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2012, pp. 446-447, hasta la promulgación de esta ley el principio de proporcionalidad no era respetado toda vez que el art. 18.2 CEDH exige que “la injerencia de la autoridad pública esté prevista por la ley”, no considerando la expresión genérica que contenía la anterior ley, suficiente para dar cobertura a las inspecciones e intervenciones corporales (LO 1/1982 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

⁸³⁶ Estudiando el supuesto de que el investigado se oponga a la recogida de muestras mediante frotis bucal (para obtención de ADN), recuerda GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La instrucción del proceso, su estructura esencial”, MONTERO AROCA, JUAN,

cargo del Ministerio Fiscal no debería existir ningún obstáculo para que éste pudiera ordenar la recogida de material genético abandonado, como lo realiza la Policía, máxime considerando que ésta actúa también bajo la dependencia del Ministerio Fiscal.

Sobre este punto el ALECr 2020 alude a la investigación mediante marcadores de ADN, y establece su regulación en los arts. 334 a 339 ALEC 2020. Cuando se encuentren vestigios biológicos necesarios para la investigación, la Policía Judicial o los médicos forenses los recogerán según unas reglas establecidas en el propio artículo. El art. 335 ALECr 2020, en relación a la toma de este tipo de muestras de la persona investigada, manifiesta que ha de solicitarla al Ministerio Fiscal y ser acordada, en su caso, por el juez de garantías no siendo necesario, sin embargo, si presta consentimiento. Excepcionalmente, el juez de garantías, a petición del Ministerio Fiscal, puede acordar la obtención de estos marcadores de ADN sin conocimiento del investigado, pero solo si se trata de un delito grave.

3.4.2.4.4. Entrada y registro en lugares y efectos.

Genéricamente esta diligencia se identifica con toda resolución judicial que limita el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio del art. 18.2 CE.⁸³⁷ Ambas modalidades tienen en común la búsqueda de elementos probatorios previos y ambas afectan al derecho a la intimidad, protegido en el art. 18.2 CE y sometido a reserva constitucional de intervención judicial para su limitación. Es un caso característico del constitucionalismo español, toda vez que en otros ordenamientos como el italiano o el alemán la Administración puede restringir este derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. El desarrollo legislativo de este derecho se concentró en los arts. 544 y ss LECr. que prevén los casos y el procedimiento por el que efectuar esta diligencia de prueba.

El derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio sufre excepciones tales como la autorización de todos sus habitantes y en caso de delito flagrante, (art. 18.2 CE), o las relativas al derecho de crisis contempladas en el art. 55 CE, pudiendo quedar suspendido en los estados de excepción y sitio (55.1 CE), o ser suspendidos para personas determinadas relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2 CE).

A la vista de esta reserva constitucional, el Ministerio Fiscal como director de la instrucción penal no tiene pues, capacidad para autorizar una entrada y registro en domicilio, salvo consentimiento de su titular o en caso de delito flagrante. Dada la taxatividad de la reserva constitucional, la anterior es la formulación que recogen, respectivamente, el Anteproyecto de

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, op.cit.*, p. 153, que el juez puede obligar de forma coactiva a su toma a solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, pero que hay que tener en cuenta la STC 135/2014, de 8 de septiembre, y el acuerdo del Pleno del TS citado (24 de septiembre de 2014) que exigen para su práctica consentimiento del detenido cuando está a disposición policial así como asistencia letrada, o en su defecto autorización judicial. La exigencia de asistencia letrada, no tratándose de un interrogatorio ni de un reconocimiento de identidad, es según el autor un error jurídico.

⁸³⁷ El domicilio es inviolable y la entrada y registro en el mismo solo es posible mediante autorización de su titular o resolución judicial salvo en caso de flagrante delito recuerda GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *Derecho Procesal. op.cit.* pp. 449-463. Las entradas y registros pueden distinguirse en las que tienen por fundamento la averiguación del delito y otras instadas por la Administración para ejercer su potestad de autotutela o “extravagantes”, según GIMENO SENDRA. En cualquier caso, su ámbito material hace relación únicamente al lugar cerrado donde se ejercita el derecho a la intimidad, al que va íntimamente ligada la inviolabilidad del domicilio. Según el autor la verdadera naturaleza de la diligencia es un “acto indirecto de preconstitución de prueba”, ya que no es propiamente acto de prueba ni de investigación, sino de acopio del cuerpo del delito.

2011 en sus arts. 326 y 32, y el de 2013 en su art. 338, siendo, por otra parte, el esquema habitual del derecho comparado. También el ALECr 2020 sigue el mismo modelo (arts. 334-346).

En relación con los datos contenidos en bases públicas y privadas, hay que observar que el Ministerio Fiscal tiene capacidad de obtenerlos sin necesidad de autorización de su titular. En el curso de las investigaciones practicadas por el Ministerio Fiscal y reguladas por el art. 5 EOMF, éste menciona que el fiscal podrá llevar a cabo “las diligencias para las que esté legitimado según la LECr”. Y en este cuerpo legal encontramos la mención de que el fiscal puede “adoptar los medios de prueba de que pueda disponer” (art. 773 LECr) y de los que trata la Circular 4/2013 de la FGE. Entre ellos se encuentran: toma de declaraciones, seguimientos, acceso a documentos, informes periciales, de antropometría o lofoscopia. Estas facultades tienen su correspondencia en la regulación contemplada en el art. 2 del RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.⁸³⁸

Otras leyes en diversos ámbitos del ordenamiento, prevén también la intervención investigadora del fiscal. Así la Ley 10/2010, de 28 abril⁸³⁹ de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, contempla la colaboración de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones monetarias, en funciones de auxilio al Ministerio Fiscal, órganos judiciales y policía judicial (art. 44.2 c). En igual sentido, la Ley General Tributaria 58/2003, aun afirmando el carácter reservado de los datos tributarios, prevé su cesión a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal para la persecución de delitos no perseguibles únicamente a instancia del perjudicado.

Se puede concluir que, no existiendo reserva constitucional de autorización judicial para la limitación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), sería conveniente que el Ministerio Fiscal pudiera asumir dicha facultad decisora en aras a dotar de agilidad y eficacia a la investigación penal dirigida por él. De esta manera, se evitarían duplicidades y demoras, máxime considerando que su estatuto personal de incompatibilidades y prohibiciones (art. 127 CE y 56-59 EOMF) lo equiparan prácticamente al del juez (arts. 389-396 LOPJ), y le dotan de la debida imparcialidad y objetividad.

3.4.2.4.5. Intervención de las comunicaciones.

El art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones al establecer que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.” Dicho derecho se encuentra desarrollado en el art. 579 y ss LECr.⁸⁴⁰ Como cualquier derecho, incluso fundamental, no resulta ilimitado, y la

⁸³⁸ El art. 2 del Reglamento de la LO 5/2000 afirma, al establecer la actuación de la Policía Judicial que se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación persona. También el art. 4 del EOMF, dentro de la enumeración de funciones del Ministerio Fiscal que recoge en su apartado primero, alude a que “podrá acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial”.

⁸³⁹ Completada con El RDL 7/2021, de 27 abril, de transposición de directivas de la UE.

⁸⁴⁰ La actual regulación sobre la intervención de llamadas telefónicas y telemáticas es estudiada por CASANOVA MARTÍ, ROSER, “La sujeción a los principios rectores de la medida de intervención telefónica”, AAVV, (Dir. VALENCIA SÁIZ, ÁNGEL), *Desafíos actuales del Derecho*, op.cit., pp. 1229-1245. En relación con la novedad introducida en esta materia en las reformas

propia CE establece excepciones al mismo relacionadas con las situaciones de crisis contempladas en el art. 55.1 CE y en su ley de desarrollo LO 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio. Según éste la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones incluidas las postales, telegráficas y telefónicas.⁸⁴¹ Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público (art. 18.1 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio) o, en todo caso, cuando el estado fuere el de excepción.

El art. 55.2 CE contempla la suspensión para personas determinadas en relación a investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.⁸⁴²

El ALECr 2011 regulaba esta restricción en los arts. 273-289, relativos a la interceptación de las telecomunicaciones, y en los arts. 290-301, concernientes a los contenidos postales, telegráficos y faxes, así como a conversaciones, arts. 302-313. Dada la aludida reserva constitucional, el ALECr 2011 residenciaba en el órgano jurisdiccional la adopción de la medida, correspondiendo al fiscal su solicitud, recogiendo el mismo régimen que el citado art. 579.3 LECr en delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas, reseñándose la diferencia de que la intervención en lugar de por el ministro del Interior podría ser ordenada por el FG (art. 274.2) en casos de urgencia. La designación del FG como el titular de la facultad de ordenar la interceptación podría suponer cierto riesgo de parcialidad debido a su designación, efectuada por el Gobierno (arts. 124.4 CE y 29 EOMF), además de que, como es evidente, no es posible que estuviese al tanto de las incidencias de todas las investigaciones en materia terrorista llevadas en el país.

En el Derecho comparado el régimen de autorización es en general similar. En Alemania corresponde al juez, aunque el fiscal en ciertos casos puede autorizar la intervención con posterior ratificación judicial (art. 100 StPO). Otro tanto sucede en Italia,

penales de 2015, GIMENO SENDRA, VICENTE, “La reforma, de 2015, de la LECRIM: aspectos generales”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, op.cit., p.12. Un excelente análisis de la regulación actual, tras la reforma de 2015, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas lo acomete GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “El proceso penal español a comienzos del siglo XXI”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2018. Otro estudio monográfico es tratado en una estupenda monografía por BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020. En realidad, interpretan SANCHIS CRESPO, CAROLINA, VELASCO NÚÑEZ, ELOY, *Delincuencia informática, tipos delictivos e investigación*, op.cit., pp. 289-290, la LECr no realiza distinción sustantiva entre la interceptación de las comunicaciones telemáticas y las telefónicas, debido a que la primera sería, en realidad, el género y la segunda una especie de aquellas, puesto que la digitalización es el común denominador de casi cualquier contenido (voz, imagen, textos, videos...). Por ello, entienden, que el término “telefónicas” podría haber sido obviado para evitar confusión.

⁸⁴¹ Sobre la normativa e interpretación de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL, *Cuestiones actuales del proceso penal*, op.cit., pp. 128-132. El estudio está realizado, fundamentalmente, con una perspectiva de práctica judicial, pero aludiendo a las exigencias jurisprudenciales del TS, TC y TEDH.

⁸⁴² El desarrollo legislativo de la anterior previsión constitucional la encontramos en el 579.3 LECr que señala: “en tales casos y concurriendo necesidad, la podrá acordar el Ministro del Interior, o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.”

donde mediando razones de urgencia, es posible su adopción por el fiscal con ulterior confirmación judicial. No se exige, por el contrario, que el delito investigado sea de terrorismo. En Estados Unidos el fenómeno del terrorismo ha marcado, últimamente, el régimen de interceptación de las comunicaciones incluso entre abogado y defendido.⁸⁴³

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, normativizó las intervenciones telefónicas y de las conversaciones privadas. En el contexto de una posible asunción por parte del Ministerio Fiscal de la investigación criminal, sería el juez de garantías quien autorizase estas interceptaciones a instancia de aquel, siempre que concurren los requisitos legales para dicha petición. De esta forma el juez de garantías cumpliría, entonces sí, la función de garantía judicial constitucional establecida en el art. 18.3 CE. La regulación del ALECr 2011 sobre esta materia aprovechaba, por supuesto, todos los aportes de la mencionada ley, y, al mismo tiempo, introducía mejoras de tipo técnico y sistemático según proclamaba la EM regulando de esta forma: la sujeción a la autorización judicial, la posible afectación de terceros, el régimen del secreto, los trámites que se llevarían a cabo en pieza separada, el régimen de hallazgos casuales, la regulación del cese, la destrucción de grabaciones y la colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos.

La regulación del ALECr 2011 reclamaba para la interceptación de telecomunicaciones y de conversaciones privadas un triple requisito: solo se podría usar para ciertos tipos delictivos por el carácter extraordinario de éstos, en segundo lugar, se exigía un juicio sobre el fundamento de utilidad y de necesidad de dicha medida, y en tercer lugar, se precisaba también la justificación del nexo entre la intervención de la comunicación concreta y el hecho delictivo concreto, una labor que concernía al Ministerio Fiscal en el momento de solicitarla. Por último, se excluía la intervención de las comunicaciones entre el letrado y el investigado, salvo que el primero de ellos sea la persona sobre la que verse la investigación criminal. Se trataba de una garantía más del derecho de defensa potenciado en el nuevo texto prelegal.

La duración máxima de la intervención era de 3 meses prorrogables si resultaba necesario, hasta el máximo de un año. Es importante reseñar que en ningún caso la prórroga podría ser autorizada si en 10 días no se obtenía una información relevante. La solicitud de prórroga del Ministerio Fiscal al juez de garantías tendría que explicitar de forma detallada el resultado de la investigación, y suministrar las transcripciones de las partes más significativas. El fin de la intervención tendría lugar cuando desapareciesen las circunstancias que la habían motivado, o cuando el plazo se hubiera agotado.

⁸⁴³ Estudia el fenómeno de las intervenciones de las comunicaciones en el contexto de la lucha antiterrorista en EEUU, el profesor de la Universidad de Florida SALAS, LUIS, “La intervención de las comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes y la guerra contra el terrorismo en los Estados Unidos”, *Revista Teoría y Derecho*, núm. 8/2010, en donde explica cómo las interceptaciones administrativas de comunicaciones entre aquellos, extendidas tras los ataques terroristas del 11-S, se han ido reduciendo vía la acción de los tribunales exigiendo para ello orden judicial, aunque modulando la capacidad de los letrados para acceder a información sobre sus defendidos por razones de seguridad nacional, precisando autorizaciones para ello, previo control gubernamental. En nuestro país, analiza en este sentido el denominado caso Gürtel, DOMINGUEZ PUNTAS, ANTONIO, “El blanqueo y la interferencia en la relación abogado-cliente (III)”, *Crónica Tributaria*, núm. 144/2012. Un estudio muy completo de derecho comparado es realizado por MANSO PORTO, TERESA, “Las escuchas telefónicas entre abogado defensor y cliente en una comparación internacional”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 32/2012, describiendo y comparando las regulaciones en Alemania, EEUU, Suecia, Turquía, Suiza, Hungría, e Italia.

El régimen de documentación de estas interceptaciones debería ser llevado en pieza separada y secreta, y en una vez alzada la intervención y en la primera comparecencia debería darse traslado al abogado defensor para que pudiese analizar todas las transcripciones y solicitar, en su caso, el expurgo de lo que no tenga relación con la causa. El régimen de uso de las intervenciones en el juicio oral precisaría la transcripción fehaciente de las grabaciones. El régimen de incorporación de datos electrónicos al proceso, en lo esencial, seguirá el de la ley del 2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Hay que hacer mención a una peculiaridad de la regulación de interceptación de telecomunicaciones y conversaciones privadas, no contemplada actualmente, el de las llamadas “vigilancias acústicas”, consistentes en la captación de conversaciones privadas, tanto en lugares públicos, como privados. A este respecto la garantía que se otorgaba al investigado es tan exigente como la prevista para otros supuestos en el ALECr 2011, puesto que la autorización judicial haría referencia únicamente a un encuentro concreto y determinado, de manera que si se produjera otro nuevo éste tendría que ser nuevamente autorizado por el juez de garantías, ya que no dejaba de tratarse de una conversación privada y como tal protegida constitucionalmente.

3.4.2.4.6. Medidas cautelares.

Su finalidad es asegurar que el proceso se pueda desarrollar frente a posibles obstáculos que pueda oponer el investigado, así como asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia, teniendo las notas de provisionalidad, instrumentalidad y proporcionalidad.⁸⁴⁴

Existe idea de que la adopción de las medidas cautelares penales, con carácter general, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales.⁸⁴⁵ La razón no descansa en todos los casos en una reserva constitucional para ello, sino en la concepción del Ministerio Fiscal como parte procesal y la consiguiente deducción de que por tener tal carácter existe un riesgo de falta de objetividad y parcialidad. La propia exigencia de contradicción que requiere la adopción de una medida cautelar choca con ese carácter de parte procesal. Ahora bien, si es cierto que en puridad el Ministerio Fiscal es parte procesal, también lo es que su actuación es conforme con los principios de legalidad -de la cual es garante- e imparcialidad (art. 124.2 CE y art. 2.1 EOMF).

El Ministerio Fiscal no tiene ningún interés en el resultado de la investigación penal. De hecho, tiene que considerar todas las circunstancias, tanto de cargo como de descargo, del investigado y la investigación habrá de finalizar si no encuentra suficientes elementos

⁸⁴⁴ El hecho de que la instrucción tenga un carácter preparatorio del plenario hace que a veces sea necesario tomar una serie de cautelas o precauciones para asegurar el buen éxito de la acción penal, manifiesta DAMIÁN MORENO, JUAN *Lecciones introductorias sobre proceso penal, op.cit.* pp. 49-53, que antes de la instauración del sistema procesal garantista dichas medidas eran meras coerciones, estando hoy día sometidas a los principios de legalidad y proporcionalidad.

⁸⁴⁵ Incluso en el ámbito de Menores en que el Ministerio Fiscal español tiene atribuida la función investigadora, señala GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER, “Medidas cautelares”, AAVV, (Dirs. MORENO CATENA, VÍCTOR, GONZALEZ PILLADO, ESTHER), *Proceso penal de menores, op.cit.*, pp. 163-164, una de las características esenciales de las medidas cautelares es la de su jurisdiccionalidad.

incriminatorios mediante el archivo de la causa. Adicionalmente, el fiscal vela para que no se adopten medidas cautelares desproporcionadas o excesivas, o las penas sean proporcionadas a los hechos y sus circunstancias. Objetivamente goza de un estatuto personal cuyas prohibiciones e incompatibilidades son esencialmente similares a los de los jueces (arts. 55-59 EOMF vs arts. 389-396 LOPJ), lo cual no es óbice para reconocer que, subjetivamente, el fiscal pueda quedar influido por su labor investigadora y que en el ejercicio de ella pueda llegar contaminarse tratando de sesgar la orientación de su investigación para asegurar un material probatorio-inculpatario suficiente. El riesgo es cierto, y por ello resulta insoslayable la figura de un Juez o Tribunal de garantías que convalide sus decisiones o que pueda someterlas a escrutinio mediante un sistema ágil de recursos. En último lugar, el fiscal está sujeto al principio de dependencia jerárquica, y aunque no es frecuente la interferencia del Gobierno en la actividad del fiscal (al menos, en la inmensa mayoría de los asuntos penales), el riesgo existe, y sería preciso apurar las reformas de su estatuto personal para conjurarlo.

Por consiguiente, el objetivo a conseguir en relación a las medidas cautelares se centra en encontrar el compromiso entre la necesaria agilidad de la instrucción y las garantías del justiciable. Si el juez es el único titular de la adopción de medidas restrictivas de derechos, sean las que fueren en cuento a su naturaleza o intensidad, el procedimiento necesariamente se dilatará y se hará más lento. Para encontrar la armonía entre ambos bienes constitucionales sería deseable que el fiscal investigador pudiera cuando menos tener capacidad para ordenar medidas cautelarísimas ratificadas, posteriormente, por el juez de garantías.

3.4.2.4.6.1. Medidas cautelares de naturaleza personal.

Son medidas que inciden fundamentalmente en el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), pero también a otros fundamentales como el de circulación (art. 19 CE) o el de la intimidad (art. 18 CE).⁸⁴⁶ Estas medidas cautelares son la prisión provisional y la detención, y tienen como objetivo asegurar las investigaciones y la eventual celebración del juicio con el cumplimiento de la sanción penal correspondiente.⁸⁴⁷

⁸⁴⁶ Desde la perspectiva de derechos fundamentales DOTÚ I GURI, MARÍA DEL MAR, *Los derechos fundamentales, derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, Bosch, Barcelona 2013, pp. 159-255, estudia la citación, la detención y la prisión provisional. La medida de prisión provisional, intensamente debatida, es abordada, proponiendo medidas alternativas igual de eficaces, por ORDOÑEZ PONZ, FRANCESC, “La prisión provisional y sus medidas alternativas: ¿ponemos fin a un debate con nuevas propuestas?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56/2022. Sobre la prisión provisional DAMIÁN MORENO, JUAN, *El Derecho y su garantía jurisdiccional. Estudios y comentarios de Derecho Procesal*, *op.cit.*, pp. 167-173.

⁸⁴⁷ Los presupuestos o condiciones para la adopción de las mismas, recuerda ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, “Medidas cautelares personales (I)” AAVV, (Dir. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, Coord. FUENTES SORIANO, OLGA), *Derecho Procesal Penal*, *op.cit.*, pp. 301-302, son la existencia de *periculum in mora*, y la concurrencia de *fumus boni iuris*. En referencia al BCPP 2013 y las medidas cautelares personales (que en su opinión dicho texto recogía deficientemente y con mala técnica legislativa) los profesores GOZÁLEZ PILLADO, ESTHER, GRANDE SEARA, PABLO, “Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, *op.cit.*, pp. 404-411, enumeraban los requisitos que deben cumplir dichas medidas: legalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad, instrumentalidad, temporalidad, y proporcionalidad, además, en el caso de las de carácter personal, excepcionalidad. Una interesante, y muy documentada, aportación desde la perspectiva de la orden europea de detención y entrega la acomete JIMENO BULNES, MAR, “La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención”, *Revista Penal*, núm. 16/2005. La profesora estudia la caracterización de la medida en el marco de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre orden europea de detención y entrega, criticando la opción por la prisión provisional en el momento de ejecutar la orden, práctica habitual de los tribunales.

La CE fija una serie de cautelas constitucionales sobre la detención preventiva.⁸⁴⁸ El plazo máximo dispuesto en la CE puede verse prorrogado en supuestos contemplados en el art. 384 bis LECr, de conformidad con el art. 520 bis del mismo cuerpo legal (delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes). Tanto la superación del límite máximo de duración de la detención provisional, como la extralimitación del tiempo necesario para la práctica de las averiguaciones, pueden suponer la comisión de un delito de detención ilegal, habiéndose mostrado la jurisprudencia exigente con el criterio de la necesidad para llevarlas a cabo.

La constitución ha previsto, además, el mecanismo del *Habeas Corpus*, recogido en el art. 17.4 CE, y desarrollado en la LO 6/1984, mediante el cual cualquier persona que considere sufrir una detención ilegal, puede solicitar su inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente.⁸⁴⁹

De este marco general cabe extraer como conclusión que, en una instrucción dirigida por el Ministerio Fiscal, éste, por expresa reserva constitucional hacia el órgano jurisdiccional (art. 17.2 y 4 CE), no podría acordar la prisión provisional y la detención tan solo en los supuestos contemplados por disposición legal.

Las medidas cautelares relativas a la libertad personal, por su intensa afectación a este derecho fundamental, requirieron desde el comienzo del periodo democrático de sucesivas adaptaciones legislativas, siendo las más fundamentales la de la Ley Orgánica 2/1995, de 22 de noviembre⁸⁵⁰, que dio carácter rogatorio a la petición de prisión provisional, y la Ley Orgánica 13/2003 que amoldó esta medida a los requisitos que había ido perfilando el TC. Con posterioridad, el TEDH, y el TC han ido enriqueciendo y matizando los requisitos para el establecimiento de la prisión provisional, integrándose todo este acervo en el ALECr 2020. Siguiendo el esquema que establece la propia EM del Anteproyecto, los siguientes constituyen los hitos más importantes que establece el mismo en relación a esta medida cautelar de prisión provisional.

En primer lugar, establece el derecho acceder inmediatamente a los elementos esenciales que fundamentan la adopción de la medida. Existe un plazo excepcional de 20 días de privación de este derecho, si concurren circunstancias que aconsejen el mantenimiento de la de la misma. El fundamento del derecho viene dado por la exigencia de plenitud del ejercicio de derecho de defensa y de contradicción, de conformidad con el art. 5.3 del CEDH relativo al control judicial de la privación de libertad.

⁸⁴⁸ No podrá durar más tiempo del “estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial” (art. 17.2 CE).

⁸⁴⁹ Un trabajo sobre este proceso por GIMENO SENDRA, VICENTE, *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid 1996. Una monografía, relativamente más reciente, con un importante aporte jurisprudencial GUDE FERNAÉNDEZ, ANA, *El Habeas Corpus en España, un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

⁸⁵⁰ En realidad, la LOTJ, aprovechó su Disposición Adicional 2ª para reformar el régimen de la prisión preventiva vigente hasta el momento introduciendo la obligatoriedad de que, en exigencia del principio acusatorio, la petición de la misma se hiciese a instancia de parte, mediando una audiencia previa para colmar la exigencia del principio de contradicción. Sobre la forma de aplicación de la reforma se ocupó la Circular FGE 2/1995, de 22 de noviembre.

El Anteproyecto incorpora la doctrina sobre la “imparcialidad objetiva” y el principio de contradicción desarrollada por el TEDH.⁸⁵¹ Esta imparcialidad puede verse en entredicho con la figura del juez de instrucción, algo que no ocurrirá con el juez de la libertad, puesto que la decisión de prisión está sujeta a unos límites máximos correspondientes a los cargos atribuidos al investigado. En relación con la anterior previsión y también por influencia del TEDH,⁸⁵² el Anteproyecto establece un control periódico de la prisión provisional de oficio y de carácter imperativo.

Se establece, además, la posibilidad de someter a nueva consideración la decisión de la prisión provisional por otro Tribunal imparcial, de conformidad con el art. 5.4 del CEDH, mediante un recurso de reforma ante la correspondiente sección del Tribunal de Instancia que contará con un plazo de resolución máximo de 10 días. Incluso, se prevé la posibilidad de que, en ciertos supuestos, sea precisa la celebración de una vista oral para decidir sobre el recurso. El Anteproyecto contempla el eventual conflicto entre la prisión provisional y el derecho al ejercicio de cargo representativo. En este supuesto exige una minuciosa ponderación individual en cada caso concreto.

Finalmente, y por recepción de la jurisprudencia del TC⁸⁵³, el Anteproyecto ha materializado en sendas piezas normativas dos nuevas previsiones. La primera apunta al

⁸⁵¹ En efecto, la imparcialidad muestra una doble perspectiva: la subjetiva o vinculada a la persona del juzgador, y la objetiva, referente a las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional. Según MILIONE FUGALI, CIRO, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op.cit., pp. 84-88, esta faceta fue contemplada por el TEDH por primera vez en el caso *Piersack vs Bélgica* (1 octubre 1990), y afianzada más tarde con la sentencia del caso *Cubber vs Bélgica*, entendiéndose que el Tribunal debía ofrecer “las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto” (de su imparcialidad). En aquel caso un funcionario del Ministerio Público formó parte posteriormente del Tribunal sentenciador, por lo que el TEDH consideró que, aun respetándose el principio de imparcialidad subjetivo, no se cumplió así el objetivo por la citada circunstancia. El autor se hace eco de la crítica de JIMÉNEZ ASENSIO a esta doctrina, puesto que, a fin de cuentas, toda imparcialidad será en el fondo subjetiva. El Anteproyecto incorpora la doctrina sobre la “imparcialidad objetiva” y el principio de contradicción desarrollada por el TEDH.

⁸⁵² El impacto de la jurisprudencia del TEDH en las reformas procesales penales españolas es esbozado por PICÓ I JUNOY, JOAN, “Las reformas procesales en España”, AAVV, (Dir. OTEIZA, EDUARDO), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 296-297, que identifica entre ellas la relativa al derecho fundamental a una justicia sin dilaciones indebidas (que motivó la introducción de dicha atenuante en el CP), o la doctrina sobre la imparcialidad objetiva y subjetiva del órgano judicial, en que se basa la diferenciación entre las funciones investigadoras y decisorias de aquéllos.

⁸⁵³ STC 84/2018, de 16 de julio (BOE núm. 19, de 17 de agosto de 2018) que resolvió el recurso de amparo de un acusado declarado absuelto en aplicación de la eximente completa del art. 20.1 CP. Sobre dicha persona se aplicó una medida de internamiento psiquiátrico, que el tribunal consideró vulneradora del derecho a la libertad personal al no existir norma legal al respecto tras el levantamiento de la prisión provisional. La protección penal reforzada de las personas con discapacidad, además de una exigencia socialmente demandada, es una consecuencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, dada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España. Ya la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, incorporó a este texto legal una nueva terminología para referirse a ellas, más acorde con la nueva sensibilidad y con los parámetros establecidos en la Convención. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha venido a apuntalar el sistema de protección para aquellas. La imparcialidad fue el objeto de debate en la sentencia de 6 de noviembre de 2018, del TEDH, caso *Otegi Mondragón y otros vs. España*, demanda nº 4184/15, identificando la misma con la ausencia de “prejuicio o predeterminación” sobre la cuestión a juzgar, interpretándola, a los efectos del art. 6.1 CEDH, en la doble vertiente subjetiva (considerando las convicciones personales del juzgador concreto), y objetiva (sobre la composición del Tribunal en el sentido de que éste no ofrezca dudas sobre su imparcialidad). La sentencia alude a la importancia de la apariencia, ya que “la justicia no sólo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra”. La apariencia es, en este sentido, sostiene la resolución, base de la confianza ciudadana en la Administración de Justicia. Versión en idioma inglés de la sentencia:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22\(%22otegi%22\)%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-103951%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22(%22otegi%22)%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-103951%22%5D%7D)

Traducida al castellano en:

internamiento cautelar de personas con necesidades médicas y especiales, que resucita así la “prisión atenuada” del ALECr 2011 para presos con enfermedades, edad avanzada, o circunstancias del género. La segunda es una aportación interesante, que consiste en la regulación de los trámites para obtener, en la propia jurisdicción penal, indemnización por prisión provisional cuando el procedimiento finaliza con una resolución con efecto de cosa juzgada, y con el objeto obtener su resarcimiento. Es importante comprobar que no se configura como un error judicial⁸⁵⁴, sino como una responsabilidad civil objetiva.

3.4.2.4.6.2. Medidas cautelares relativas a otros derechos.

Además de medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, existen una serie de medidas cautelares que pueden recaer sobre otros derechos (art. 763 LECr), conformando un conjunto heterogéneo de éstos. El artículo señalado, por su propio enunciado “cualesquiera medidas”, no entraña una lista cerrada, aunque exige siempre el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas. Entre estas medidas se encuentra la privación cautelar del derecho a conducir (poco usada porque casi todos los delitos contra la seguridad del tráfico suelen juzgarse por medio de los juicios rápidos, arts. 800-801 LECr), o medidas de protección de la víctima consistentes en una serie de las prohibiciones enumeradas en los arts. 48 y 57 CP, e impuestas, normalmente, en el curso de la orden de protección regulada en el art. 544 bis del mismo cuerpo legal. Una modalidad cautelar profusamente utilizada es la comparecencia *apud acta* cuando el investigado quedare en libertad provisional (art. 530 LECr). Otra constitucionalmente prevista, el secuestro de publicaciones (art. 20.5 CE) y prohibición de difusión (arts. 844 y ss LECr), se encuentra, por el contrario, en franco desuso debido a la posición preferente del derecho constitucional a la libertad de expresión. Finalmente, el art. 384 bis LECr prevé también la suspensión del ejercicio de función o cargo público del investigado en delitos relacionados con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

Como se observa no todos los derechos restringidos son siempre de carácter fundamental, aunque se encuentren sometidos a autorización judicial, lo cual, como se ha señalado, puede suponer una reduplicación de esfuerzos y un lastre para la agilidad procesal.

3.4.2.4.6.3. Medidas cautelares reales.

El art. 299 LECr, al definir el sumario, alude al aseguramiento de las personas responsables y de las responsabilidades pecuniarias de los mismos como uno de sus elementos constituyentes. Estas medidas cautelares reales pueden tomarse o bien para asegurar que el

file:///C:/Users/Jos%C3%A9%20Luis/Downloads/CASE%20OF%20OTEGI%20MONDRAGON%20AND%20OTHERS%20v.%20SPAIN%20[Spanish%20Translation]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice%20(2).pdf

⁸⁵⁴ La prevención contenida en el art. 121 CE, y desarrollada por el art. 294 LOPJ, referente a la indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, es estudiada por LESMES SERRANO, CARLOS, “Cambio jurisprudencial en la responsabilidad por prisión provisional”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2/2011. La jurisprudencia del TS fue ampliando el supuesto indemnizatorio desde el previsto inicialmente (haber sufrido prisión provisional y posterior declaración judicial de inexistencia del hecho criminal) a otros (falta de prueba de participación de la persona absuelta, pero no la genérica absolución en virtud del principio de presunción de inocencia) para poder beneficiarse del régimen procedimental específico y privilegiado que contemplaba el artículo. Este criterio se modificó, posteriormente, extendiendo aun más el ámbito de aplicación del procedimiento previsto en el art. 293 LOPJ, no distinguiendo ya, en el ámbito subjetivo, si el archivo libre o absolución lo era por quedar acreditada la no participación en los hechos o por simple aplicación del principio de presunción de inocencia, fundamentalmente, señala el autor, como consecuencia de la influencia de la jurisprudencia del TEDH en el mismo ámbito. Ilustra la afirmación refiriéndose a las STEDH, *Tandam vs España*, de 13 de julio 2010, (EDJ 2010/122155).

condenado cumpla alguna de las consecuencias accesorias de la pena del art. 127 CP (decomiso), arts. 128 y 129 CP (instrumentos del delito y decomisos cometidos en delitos cometidos a través o por medio de “empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas”) y art 374 CP (decomisos en caso de delitos contra la salud pública), o bien para asegurar la eventual responsabilidad civil declarada en una futura sentencia o responsabilidad civil *ex delicto*.

3.4.2.4.6.3.1. Medidas patrimoniales de aseguramiento de las consecuencias accesorias de la pena.

Por medio de ellas se busca garantizar el comiso de los efectos, bienes y ganancias provenientes del delito, así como los medios o instrumentos que se han usado para su comisión (art. 127 CP). El artículo se encuentra desarrollado en los arts. 127 bis a octies y 374.1.5ª CP , 367 ter y quater, 803, y DA 6ª LECr. En todos los casos la adopción de una medida cautelar de esta naturaleza precisa de autorización judicial.

En el ALECr 2011 se contemplaba al respecto un sistema mixto que preconizaba la autorización de intervención de bienes y efectos del Ministerio Fiscal, con la posterior ratificación judicial, siempre que existiese una razón de urgencia en la adopción de aquella. El decomiso definitivo lo acordaría el Juez por petición exclusiva del Ministerio Fiscal (arts. 228 y 233). Hubiese sido más deseable, en aras a la celeridad y eficacia procesal, fijar un sistema de impugnación vía recurso a la decisión del fiscal, en lugar de un sistemático refrendo judicial de cualquier medida de esta naturaleza, una labor doble, por consiguiente.

El BCPP 2013 en estas medidas siguió su tónica general de desconfianza en la actividad del fiscal. Aunque le hubiese encomendado la investigación, en su esquema procesal, las medidas cautelares reales de naturaleza penal siempre habían de ser acordadas por el juez. A diferencia del Anteproyecto precedente, la acusación particular o popular también estaba legitimada para solicitarla, por lo que el procedimiento podría haberse visto incluso más ralentizado.

En el ámbito cautelar el Derecho comparado muestra otras particularidades diferentes el régimen español. En el caso alemán el Ministerio Fiscal cuenta con una mayor capacidad de adopción de estas medidas patrimoniales, toda vez que bajo ciertas circunstancias puede llevarla a efecto, si bien queda pendiente de la posterior convalidación judicial. Hay que advertir que, en todo caso, el derecho limitado o restringido por esta medida cautelar es la propiedad (art. 33.1 CE), sin reserva constitucional a favor del Juez en cuanto a sus limitaciones, por lo que no existiría impedimento constitucional para que fuera el Ministerio Fiscal quien pudiera acordarlas con habilitación legal para ello, y estableciendo las debidas garantías del justiciable.

3.4.2.4.6.3.2. Medidas patrimoniales de aseguramiento de la responsabilidad penal *ex delicto*.

El sistema procesal penal español, como se ha visto, presenta la particularidad, en el derecho comparado, de permitir el ejercicio de la acción civil junto con la penal, acumulando procesalmente acciones de naturaleza heterogénea, para conseguir, en el seno del mismo proceso, la indemnización económica por perjuicios tanto materiales como morales.

La mayoría de la doctrina⁸⁵⁵ se ha mostrado tradicionalmente favorable a dicha posibilidad, más que por tener raigambre tradicional, por proteger mejor los derechos de la víctima, sin olvidar razones de economía procesal. También la normativa europea la ha visto positivamente esta peculiaridad, si la ponemos en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de 15 marzo 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que consagra este principio del derecho a la indemnización en el marco del proceso penal.⁸⁵⁶ El sistema español se ha visto ratificado con la promulgación del EVD, cuyo art. 11.1 a) reconoce este derecho, habiendo sido reformados en virtud de ésta los arts. 109, 109 bis y 110 LECR, según la DF 1ª, 1, 2 y 3 de aquélla.

La regulación de la responsabilidad civil derivada de los delitos se encuentra contenida en los arts. 109 a 126 CP, y arts. 100 a 117 LECr, patentizando las dos cualidades características de la acción civil: accesoriedad, y eventualidad. La primera alude al hecho de que no siempre resulta ejercitable, toda vez que para ello previamente tiene que producirse una infracción penal que cause daño indemnizable. Jurisprudencialmente⁸⁵⁷ se exige para la declaración de responsabilidad civil que el perjudicado pruebe, sentada la existencia del delito, la relación de causalidad entre éste y el daño, así como la cuantificación de este último. A este respecto, es posible la condena de responsabilidad civil *ex delicto* incluso en caso de sentencia absolutoria penal si ésta es consecuencia de alguna exención de responsabilidad criminal, pero no así si la conducta no es antijurídica en los supuestos de legítima defensa (art. 20.4 CP), cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP). La segunda característica es la eventualidad, ya que su ejercicio es potestativo y renunciable por el perjudicado, si bien, como se vio, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción civil siempre y cuando el perjudicado no haya renunciado a ella expresamente (art. 108 LECr)⁸⁵⁸, y existe la presunción legal de su ejercicio conjunto cuando se ejercite la acción penal (art. 112 LECr) sin renuncia expresa de la civil.

⁸⁵⁵ Observan MONTERO AROCA, JUAN, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal, op.cit.*, p. 124, que la acumulación de la pretensión civil a la penal redundaría en un beneficio en términos de economía procesal y evita decisiones contradictorias. MARGRO SERVET, VICENTE, “Las consecuencias civiles del delito en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 149/2021, subraya la ventaja del sistema, comprendiendo la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los daños y perjuicios. La víctima ha gozado tradicionalmente en España de protección al poder interponer la pretensión civil junto con la penal, manifiestan AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La víctima en la justicia penal, op.cit.*, pp. 28-29. GRANÉ CHÁVEZ, AUREA, SOLETO MUÑOZ, HELENA, *La eficacia de la reparación en el proceso penal a través de las indemnizaciones, op.cit.*, p. 16. Consideran esta posibilidad un relevante instrumento de política criminal en favor de la reparación de la víctima. En un atractivo trabajo que, no obstante, versa más bien sobre la controvertida naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex delicto*, HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo” *op.cit.*, lo relaciona también con la idea de constituir una importante herramienta de policía criminal. No todas las opiniones son favorables. Algunos autores hablan de la desnaturalización del proceso penal por introducir en su seno otro de naturaleza diversa, así MOSQUERA BLANCO, AUGUSTO JAVIER, “La acción penal y civil *ex delicto* en el derecho procesal español y comparado. Un análisis crítico”, *op.cit.*

⁸⁵⁶ En su art. 9.1 declara “Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía.”, es decir, sugiere que es el proceso penal el ámbito en el que la víctima debe preferentemente conseguir la indemnización.

⁸⁵⁷ Un exhaustivo y actualizado desgranamiento jurisprudencial de todos los requisitos jurisprudenciales relativos a la responsabilidad civil *ex delicto* es recopilado por DELGADO SANCHO, CARLOS DAVID, “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil *ex delicto*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 60/2020.

⁸⁵⁸ En el proceso de menores dicha obligación del fiscal decae si la ejercita la acusación particular, como pone de manifiesto PUENTE ABA, LUZ MARÍA, “Nuevas reformas en el Derecho Penal de menores: las medidas de internamiento y la protección de los perjudicados”, AAVV (Coord. FARALDO CABANA, PATRICIA), *Política criminal y reformas penales, op.cit.*, p. 325.

En tanto no recaiga sentencia firme en el hecho investigado en la causa criminal no podrá seguirse pleito civil sobre el mismo hecho (art. 114 LECr), excepción hecha de los delitos con relación a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En este último caso el art. 1.2 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé dicha posibilidad.⁸⁵⁹

Sentado lo anterior, y a la vista de la regulación legal y la naturaleza patrimonial de este tipo de medidas que no gozan de reserva constitucional, en el modelo del fiscal investigador no debería existir ningún obstáculo para que éste acordase medidas cautelares aseguratorias de la responsabilidad civil. La reserva existente en la actualidad es de naturaleza legal, no constitucional, por lo que nada impediría su adopción por el fiscal, mediando habilitación legal. El régimen decisorio actual del juez tampoco parece que pueda justificarse por el hecho de constituir un acto de naturaleza jurisdiccional (art. 117 CE). Su razón de ser vendría más bien dada por la garantía constitucional al proceso debido (art. 24.2 CE) que, a su vez, quedaría también cumplida con la posibilidad del afectado de recurrir la decisión cautelar del fiscal. Además, la naturaleza de la medida tiene una estrecha relación con la función del fiscal en defensa de los derechos de la víctima, en este caso a ser indemnizada, y con la exigencia de una instrucción ágil y eficaz. Máxime cuando en otros ámbitos del Derecho así ocurre.⁸⁶⁰

El régimen legal vigente de las medidas cautelares reales de carácter penal se encuentra recogido en los arts. 589⁸⁶¹ y ss de la LECr, Título IX, Libro II, De las fianzas y embargos.

Las previsiones, al respecto, del ALECr 2011 no suponían novedad en relación a la regulación vigente. Las medidas cautelares reales se encontraban reguladas en sus arts. 223 a 232, estableciendo que serían acordadas por el juez, a instancia de parte (perjudicado, acusación particular y Ministerio Fiscal) y con posibilidad de recurso de reforma sin efecto suspensivo. Se

⁸⁵⁹ La excepción consiste en que “cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito siendo posible sustanciar el juicio civil antes de que recaiga sentencia penal.”

⁸⁶⁰ Llama la atención cuando al estudiar el ámbito tributario se comprueba que la Administración Pública puede tomar medidas cautelares idénticamente limitadoras del derecho a la propiedad, explica GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 404. En concreto, el art. 81.1º Ley General Tributaria (en adelante, LGT) dice que la Administración tributaria puede adoptar medidas cautelares de carácter real -salvo aquellas de difícil o imposible reparación- por el funcionario competente para ello, con el objetivo de asegurar el cobro de las deudas para cuya recaudación sea competente, la Administración tributaria podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado. A mayor abundamiento, las medidas cautelares de que la Administración tributaria dispone son sumamente extensas (art. 81.4 LGT) e incluso compatibles con la sustanciación de un procedimiento penal contra la Hacienda Pública, aunque en este caso, con el deber de notificación al órgano judicial y al Ministerio Fiscal, manteniéndose la medida hasta que el órgano se pronuncie al respecto (art. 81.9 LGT). En efecto, así como en el ámbito civil y penal es el órgano judicial el competente para acordar medidas cautelares de carácter real, en el administrativo lo es un funcionario que no goza del estatuto personal de imparcialidad del Ministerio Fiscal. Por tanto, dictamina el autor, no debería existir impedimento para que un órgano, dotado de unas garantías de imparcialidad mayores que las de un funcionario de la Administración tributaria, pudiera acordar medidas cautelares reales con la posibilidad posterior de recurso ante el juez de garantías de aquéllas.

⁸⁶¹ El artículo establece que si el juez aprecia indicios de criminalidad en la tramitación del sumario deberá asegurar las responsabilidades pecuniarias, embargando bienes suficientes del investigado o exigiéndole fianza, fijando el artículo, además, los criterios para fijar su cuantía. El art. 591 LECr fija las modalidades de fianza, pudiendo ser de muy diversa naturaleza. La participación del Ministerio Fiscal, más allá de la solicitud que puede efectuar para que se practique la misma, aparece reflejada en el art. 594 LECr que exige que, en los casos de fianzas hipotecarias y pignoratias, el fiscal examine los títulos de las fincas ofrecidas en hipoteca. Una participación, como se ve, bastante exigua.

contemplaba la posibilidad de que, en casos de urgencia, el fiscal pudiera acordar la medida, con traslado inmediato al juez para que ratificase aquélla (art. 228).

El BCPP 2013 regulaba las medidas cautelares reales en su Libro III, Título III, Capítulo III, “Medidas para el aseguramiento de las responsabilidades civiles” (arts. 233-237). En realidad, no suponía variación relevante sobre el régimen de las medidas cautelares reales, toda vez que eran acordadas por el juez a instancia del Ministerio Fiscal, acusación particular, o actor civil. Lo novedoso radicaba en la posibilidad de la suspensión de los efectos del negocio jurídico constitutivo aparentemente delictivo y de sus efectos (art. 235), cuyo desarrollo y fundamentación se lee al final del apartado V de la EM del Anteproyecto.⁸⁶²

En relación con las medidas reales de carácter cautelar y la regulación sobre la misma en el ALECr 2020, éste establece una serie de herramientas de contenido heterogéneo que van más allá de asegurar las responsabilidades civiles, puesto que, efectivamente, puede tratarse de asegurar éstas, pero también satisfacer multas y costas, la eficacia del decomiso, y las consecuencias accesorias patrimoniales. Lo sustancial del ALECr 2020 recoge lo previsto en el de 2011 y 2013, e incluye otras medidas cautelares novedosas, entre ellas, las tendentes a evitar la continuación de la actividad delictiva, la protección de bienes y derechos de las víctimas, y también otras más excepcionales, como el secuestro de publicaciones, la prohibición de usos de medios de difusión, o la interrupción del uso de medios de la sociedad de la información.

Centrando la vista en el Derecho comparado, el sistema, en general, se asemeja al descrito anteriormente y el fiscal no puede acordarlas, ni siquiera en el modelo italiano, donde la garantía de independencia de éste está constitucionalmente prevista (art. 107 CI), reservándose al órgano judicial en su CPP (arts. 316-317). Paradójicamente, en Alemania, donde rige un sistema jerárquico en el Ministerio Fiscal, la regulación para decidir sobre dichas medidas es mixto, pudiendo el fiscal acordarlas en caso de bienes muebles, sin necesidad de ulterior ratificación judicial, y en caso de bienes inmuebles, con ella (arts. 111e 1 y 2 StPO).

Que la adopción de la medida sea acordada por un juez no es, por otra parte, una garantía de su ecuanimidad. Se ha señalado en este sentido la imposibilidad de recurrir la fianza civil acordada en el auto de apertura del juicio oral (a diferencia del de conversión en procedimiento abreviado, si recurrible), o que el juez pueda decidir la cuantía que estime oportuna separándose del principio dispositivo que rige en el orden civil, o del acusatorio en el penal.

En efecto, la previsión del art. 589 LECr (para el procedimiento sumario) y del art. 764.1 LECr (para el procedimiento abreviado) de la constitución de fianza por parte del juez para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse, ofrece incoherencias, como se ha dicho; el hecho de que el juez pueda acordarla de oficio, sin petición de parte, no

⁸⁶² Respecto a las medidas tendentes a asegurar las responsabilidades civiles, reiteraba, lógicamente, la mayoría de las enumeradas con motivo de la anterior finalidad, añadiendo la suspensión de los efectos del negocio jurídico constitutivo del delito objeto del proceso, la obligación de efectuar pagos periódicos, las prohibiciones de hacer o no hacer y dejando también una cláusula admitiendo cualquier otra medida conducente a garantizar la eficacia de la tutela que se pretenda con la acción civil. Y, finalmente, se regulaban las medidas cautelares vinculadas a las posibles responsabilidades procesales, en aseguramiento del pago de costas procesales, tanto relativas a la actuación de la acusación popular, en el sentido de poder solicitar una ampliación de su fianza inicial, cuanto a la solicitud de fianza para asegurar el pago del coste de medidas de investigación o prueba solicitadas por alguna de las partes distintas del encausado, que supusieran una dilación considerable en la tramitación del procedimiento o un coste adicional, sin que dicha diligencia se justificase de modo plena como necesaria.

resulta consecuente con ni con el principio acusatorio propio del proceso penal, ni con el dispositivo civil, remitiéndose el art. 764.2 LECr a las normas de la LEC relativas a las medidas cautelares, en las que opera la justicia rogada (art. 216 LEC).

3.4.2.5. Problemática que suscita la investigación por parte del Ministerio Fiscal, eventual desigualdad de armas.

Pero, quizá, entre todos los problemas que puede provocar la dirección de la investigación criminal por el fiscal, es la posible perturbación del principio de igualdad de armas el más importante de ellos. Recordemos que dicho principio es pieza clave del derecho de defensa, y núcleo fundamental de las garantías del proceso debido.

Ciertamente, a pesar de la proclamación de imparcialidad, objetividad, y sujeción estricta al principio de legalidad del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE), así como de su obligación de velar por el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas, (art. 3.3 EOMF), la de proteger el respeto de las garantías procesales del imputado (LECR 773.1), o su compromiso en la averiguación todas las circunstancias del delito lo mismo si son favorables o perjudiciales para el investigado pues tan perturbador es para la paz social no perseguir delitos como perseguir a inocentes⁸⁶³, se advierte fácilmente que la desigualdad de armas entre dicho órgano y la defensa del investigado es palmaria.⁸⁶⁴ En este sentido, no puede compararse un órgano del Estado dotado de medios de todo orden, con un investigado o imputado común. El desequilibrio procesal entre las partes puede, pues, acarrear vulneraciones del derecho de defensa que supondrían indefensión.⁸⁶⁵

Es menester, de todas formas, resaltar una idea acerca del principio de igualdad de armas en el ámbito penal: su carácter no es absoluto. El Consejo Consultivo de Fiscales Europeos del Consejo de Europa aboga, a este respecto, por un régimen riguroso de igualdad de armas entre defensa y Ministerio Fiscal en sus actuaciones en las jurisdicciones no penales (Opinión 2008 (3) fundamento 38 f *-equality of arms*), pero, matiza, en lo tocante al Derecho Penal, la igualdad ha de ser sustancial, no absoluta: la defensa no puede estar situada en posición de desventaja sustancial respecto al Ministerio Fiscal. Para paliar esta desigualdad resulta imprescindible que la defensa tenga la oportunidad de solicitar al fiscal las diligencias de investigación que considere oportunas (como reconoce la regulación vigente del art. 118 LECr), y, consecuentemente, de poder recurrir ante el Juez las diligencias de investigación por él solicitadas y denegadas por el fiscal. El Juez, imparcialmente y en posición equidistante, valorará la pertinencia de la prueba solicitada y denegada y acordará, en su caso, su práctica (como se contemplaba en el art. 494 ALECr 2011). El órgano para tal control será el juez de garantías, que velará por el control de la legalidad del proceso.

⁸⁶³ *Nocentem absolvere melius est quam innocentem damnare* (DECIO, regula 167,6 p. 361; consilium 678, núm.8) Más vale absolver a un culpable, que condenar a un inocente, DOMINGO OSLÉ, RAFAEL, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ, *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi, Pamplona 2000, p. 91.

⁸⁶⁴ En el marco de la reforma penal en España de los textos de 2011 y 2013, el fiscal de Sala del TS, CRESPO BARQUERO, PEDRO, “La igualdad de armas y la asimetría de la acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia”, *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 16/2014, trata esta cuestión.

⁸⁶⁵ Sobre este problema, FUENTES SORIANO, OLGA, “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de partes en el proceso”, AAVV, (Coord. CUADRADO SALINAS, CARMEN, Dirs. FUENTES SORIANO, OLGA, ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid 2011, pp. 191-224.

La igualdad de armas tampoco es de la misma intensidad durante las diferentes fases del procedimiento. Se produce una especie de *crescendo*, desde la fase inicial de investigación previa, a la instructora o al desarrollo del plenario, donde debe establecerse con toda su plenitud. En relación a aquella hay dos aspectos o puntos esenciales a tratar para asegurar la igualdad de armas: la asistencia letrada y el acceso del imputado al expediente judicial.

La asistencia letrada desde el comienzo de la investigación criminal es un derecho irrenunciable para el investigado.⁸⁶⁶ En las diligencias de investigación del fiscal reguladas en el art. 773.2 LECr aparece proclamada esta garantía, al establecer que, en la primera comparecencia del investigado ante el fiscal, se aplicarán las mismas garantías que las que se exigen cuando tiene lugar en presencia judicial (arts. 767, 118 y 520 LECr).

En iguales términos se manifiesta el art. 5 EOMF, al tratar las diligencias de investigación. Este particular ha sido tratado por la Circular de la FGE 4/2013 que desarrolla la necesidad de asistencia letrada durante la primera declaración ante el fiscal.⁸⁶⁷ Finalmente, en la jurisdicción militar su obligatoriedad está recogida en art. 123 LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Organizativamente, las fiscalías deben poder proveer asistencia jurídica gratuita a tal efecto: la Circular FGE 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, recoge la necesidad de que, en las fiscalías, se disponga de listados de los abogados del turno de oficio para tal menester.

La regulación vigente de la LECr relativa a la asistencia letrada exige que ésta tenga lugar ya con anterioridad a la primera comparecencia en el juzgado del investigado (arts. 767 LECr, art. 520.c) y j), 527, 118 y 775.1), tanto antes, como después de prestar declaración, se le permitirá entrevistarse reservadamente con su abogado. En este sentido, la STC 199/2003, de 10 de noviembre, en relación con el derecho de defensa del art. 24.2 CE, distingue una doble esfera según sea la asistencia preceptiva o no: en el primer supuesto es una “garantía estructural del sistema procesal”, y en el segundo⁸⁶⁸ la pertinencia de la misma dependerá de la voluntad del investigado al solicitarla, y la ponderación de las circunstancias del caso que haga el órgano judicial. En el Derecho de la UE la norma correlativa de este derecho es el art. 3 de la Directiva

⁸⁶⁶ La asistencia letrada resulta una manifestación del derecho a la defensa. La necesidad de la misma es muy temprana, anterior a que se plantee una acusación penal. Durante la detención resulta ya necesaria, puesto que su ausencia puede acarrear consecuencias negativas para la defensa en un posterior momento. EL TEDH se ha pronunciado en este sentido, comenta LÓPEZ GUERRA, LUIS, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, op.cit., p. 61, (*Salduz vs Turquía*, 2008) aun cuando el CEDH no recoge explícitamente dicha garantía en el momento de la detención, y ello porque existe una posibilidad importante de que su ausencia contribuya a arruinar la equidad del proceso.

⁸⁶⁷ La misma suele resultar necesaria, prácticamente obligada, recuerda GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA ROSA, *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal. Ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal*, op.cit., pp. 157-158, pero deberá de nuevo practicarla el juez de forma obligada, a diferencia del resto de pruebas que haya podido efectuar el fiscal. En todo caso, el derecho de defensa se ejercerá en la declaración y deberá serlo con asistencia letrada, aunque, señala la autora, el TS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la renunciabilidad del derecho si no hay privación de libertad (STS 1520/2003, de 17 de noviembre, o 32/2003, de 27 de febrero). No obstante, la propia FGE ha establecido la necesidad de que sea siempre con asistencia letrada (Circular 4/2015).

⁸⁶⁸ Caso p.ej. de los delitos leves.

2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre derecho a la información en los procesos penales.⁸⁶⁹

Esta Directiva ha sido traspuesta al ordenamiento español por LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,⁸⁷⁰ para adaptar el derecho interno a los requerimientos de la normativa europea referentes al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, así como para asegurar el derecho de información a un tercero y a comunicarse con él.

En el nuevo diseño procesal penal español es exigible, por consiguiente, configurar un proceso en que la asistencia letrada sea viable en todo momento, desde la detención policial. Ya el ALECr 2011 previó la obligatoriedad de la asistencia letrada desde la primera comparecencia ante el fiscal, como ha sido mantenida en los programas de las reformas de 2013 y 2020.

Hasta la trasposición de la Directiva citada no se encontraba positivizado el derecho del detenido a la entrevista reservada con su letrado antes de su declaración ante la Policía,⁸⁷¹ salvo en la legislación de menores, donde sí se recogía (art. 17.2 LORPM), y aunque, con carácter general, se determinaba que desde la detención sería necesaria la asistencia letrada (art. 767 LECr). Esta entrevista de asesoramiento anticipa la garantía de asistencia letrada a la toma de la primera declaración como imputado y fue ya recogida en el art. 173.4 ALECr 2011. El Capítulo IV, del Título preliminar del ALECr 2020, se ocupa, igualmente, de los derechos de defensa de la persona encausada, comprendiendo el derecho a conocer la acusación y a no declarar contra sí misma, proclamando de forma extensa este derecho en su art. 11, al garantizarlo en todas las fases del procedimiento, hasta la extinción de la pena y “sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley.” La entrevista reservada con el letrado es posible en cualquier declaración, incluida la policial (art. 51 d) ALECr 2020), haciéndose eco así de la exigencia de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, que considera que este derecho es aplicable a los sospechosos desde el momento mismo que las autoridades ponen en su conocimiento que se les considera como tales o se les imputa una infracción penal.

⁸⁶⁹ Art. 3.1. “Los Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo:

- a) el derecho a tener acceso a un abogado
- b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla
- c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el art. 6;
- d) el derecho a interpretación y traducción
- e) el derecho a permanecer en silencio.

2. Los Estados miembros garantizarán que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables”.

⁸⁷⁰ Acerca del régimen vigente sobre las medidas de investigación tecnológicas FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL, *Cuestiones actuales del proceso penal. op.cit.*, pp. 135-141, desde un punto de vista de práctica judicial. Igualmente estudia las mismas JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La reforma penal de 2015, op.cit.*, pp. 143-172 en un análisis reciente a su nueva regulación.

⁸⁷¹ Pudiendo, eso sí, acogerse a su derecho a no declarar.

La norma contempla una serie de supuestos a partir de los cuales nace el derecho a tomar contacto con el letrado. A pesar de la amplitud de situaciones en que la Directiva prevé la entrevista reservada, se tratan también una serie de excepciones.⁸⁷² Estas limitaciones existen también en nuestro ordenamiento interno cuando el detenido se halle sometido a incomunicación (art. 527 c LECr). En la actualidad, el régimen legal en relación a la entrevista reservada se encuentra previsto en el art. 520.6.d) LECr en la redacción dada por la LO 13/2015, de modificación de la LECr, y que traspone la Directiva 2013/48/UE.

El segundo de los aspectos íntimamente relacionados con la garantía del principio a la igualdad de armas, se centra en la capacidad del imputado a tener conocimiento del contenido del expediente instructor, ya que ello constituye un elemento básico para poder desarrollar el derecho de defensa de forma plena. En algunos sistemas procesales⁸⁷³ existe una fase previa a la propia investigación, cuyo fin es determinar la verosimilitud del delito. A pesar de que, en tal caso, se diese traslado de todo el material recabado a la defensa con anterioridad a la primera declaración, cabe pensar en un detrimento significativo del derecho de defensa. Como quiera que fuere, la regulación europea contempla este derecho en la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo, 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, concretamente, su art. 7.1⁸⁷⁴ enuncia el derecho de acceso a los materiales del expediente de la persona detenida o privada de libertad en cualquier fase del proceso penal. El artículo extiende esta obligación, también, al acceso del imputado y su defensa de la totalidad de las pruebas materiales del caso (art. 7.2), y prevé, con buen criterio, que el acceso se garantice con la debida antelación para permitir su estudio y, con ello, el efectivo ejercicio del derecho de defensa. No se trata de un derecho incondicionado e ilimitado, de forma que se norman, igualmente, limitaciones y modulaciones en función del peligro para otros bienes jurídicos que podría suponer el ejercicio de este derecho, (art. 7.4).

Ligado con esta idea de limitación del derecho, la declaración de secreto de sumario (art. 302 LECr), puede suponer una ventaja para la Policía sobre la defensa. En el ALECr 2011 (arts. 485-486) se atribuía al fiscal la facultad de decretar el secreto de la investigación, recurrible ante el Juez, por razones de eficacia y celeridad en la investigación, y siempre que concurrieran los requisitos que se establecían en el texto prelegal. En el ALECr 2020 la autorización de la declaración de secreto y su alzamiento corresponden a la autoridad judicial (art. 19.1.5º ALECr 2020), encontrándose su regulación en la Sección 2ª, del Capítulo IV, Título II, libro II (arts. 578-582). El fiscal podrá acordar el secreto total o parcial de las actuaciones, pero siempre deberá ser resuelta por el Juez (arts. 583 y 584 ALECr 2020).

⁸⁷² El art. 3 de Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, regula en su art. 3º el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, pero en su apartado 5º y 6º prevén excepciones. El más importante es el 6º, que establece que los derechos del apartado 3º (que hace referencia al contenido del derecho a la asistencia del letrado) podrán quedar sin efecto si se dan las alguna o algunas de las siguientes circunstancias excepcionales y solo en la fase de instrucción;” a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”

⁸⁷³ Pudiendo, eso sí, acogerse a su derecho a no declarar.

⁸⁷⁴ Art. 7.1 Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo, 22 de mayo de 2012: “Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.”

La obligación, en cualquier caso, actualmente para el juez, y en nuevo modelo procesal para el fiscal, es la de entregar la documentación relacionada con el expediente seguido contra el investigado. Dicha previsión se encuentra, incluso, superada en el ordenamiento interno español en la regulación de los juicios rápidos (art. 797.3 LECr), ya que el juez deberá entregar, una vez incoadas las diligencias urgentes, a las partes “el atestado y (...) cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el Juzgado de Guardia”. En todo caso, el grado de garantía que establece la normativa de la UE no supera el actualmente vigente en España, con la puesta en manos de la defensa de todo el material probatorio (art. 652 LECr para el procedimiento ordinario, y arts. 784.1 y 654 del mismo cuerpo legal, así como 302 y 768 LECr).

Este nivel de garantía no debe cambiar con la asunción del fiscal de la investigación criminal y así se prevé en todos los modelos de procedimiento previstos en los proyectos de 2011, 2013 y 2020, que, seguidamente, vamos a examinar.⁸⁷⁵

3.4.3. Justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, Borrador de Código Procesal Penal de 2013, y Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

3.4.3.1. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

Aunque, tanto en el modelo procesal diseñado por el ALECr 2011,⁸⁷⁶ como el BCPP 2013, tenían en común la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal, se diferenciaban, sin embargo, en tres áreas relevantes: la regulación de la fase instructora, la intervención de las partes privadas y los medios de impugnación. Primeramente, en cuanto a la fase de instrucción es de notar que ambos parecían irreconciliables.⁸⁷⁷ De esta manera, en el ALECr 2011 las sucesivas decisiones inculpativas del fiscal (detención, decreto de inicio de la investigación, citación a la primera comparecencia, o decreto de conclusión) no eran recurribles por la defensa, como se establecía, con carácter general⁸⁷⁸, señalando, no obstante, eventuales excepciones que, sin embargo, el Anteproyecto no especificaba.

⁸⁷⁵ Un breve repaso por los itinerarios que siguieron los anteproyectos de 2011 y 2013 lo lleva a cabo AGUILERA MORALES, MARIEN, *Las diligencias de investigación del fiscal*, *op.cit.*, pp. 37-42.

⁸⁷⁶ Ya desde un primer momento las posibilidades de éxito parlamentario del ALECr 2011, apunta, GARCÍA CALDERÓN, JESÚS MARÍA, “El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público”, AAVV, (Dir.) MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Estudios sobre el Código Penal reformado, Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, *op.cit.*, (cap. XIII, párrafo 4º) eran muy escasas. Sin embargo, la necesidad de amoldar el viejo sistema procesal penal a las exigencias de las garantías y libertades constitucionales, propició que se acometiese la labor con, según el Fiscal Superior de Andalucía, el propósito de servir de precedente para una futura reforma exitosa. La caracterización general del ALECr 2011 es objeto de estudio por GUZMÁN FLUJA, VICENTE, “Un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal para el siglo XXI”, AAVV, (Dir. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías*, *op.cit.*, pp. 19-78, en especial pp. 22-32, esbozando las características de aquella. Para el autor, en su aproximación genérica al texto del Anteproyecto, lo más llamativo del mismo es la atribución de la investigación del delito al Ministerio Fiscal, pero no lo más importante, puesto que el contenido más significativo de los cambios versa sobre la potenciación de los derechos fundamentales y las garantías procesales. Además, el ALECr 2011 suponía un esfuerzo modernizador por sintetizar y actualizar las nuevas modalidades tecnológicas de investigación recogiendo todo el acervo jurisprudencial elaborado al respecto. Adicionalmente, y desde un punto de vista práctico y con el fin de descongestionar la Administración de Justicia, sostiene el profesor, el ALECr 2011 preveía mecanismos propios del principio de oportunidad para tal fin, tales como la mediación penal, la conformidad, o el archivo.

⁸⁷⁷ Las diferencias en este aspecto son tan notables que GIMENO SENDRA, VICENTE, *La simplificación de la justicia penal y civil*, *op.cit.*, pp. 37-63, llega a afirmar que mientras que el Anteproyecto de 2011 “parece haber sido elaborado por y para los Fiscales, el de 2013 podría decirse que lo fue por y para los Abogados”.

⁸⁷⁸ Así lo contemplaba el art. 492 ALECr 2011 al disponer: “Los decretos dictados por el fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley”.

En igual sentido, el régimen del secreto que, aunque acordado por el juez, podía el fiscal manejar con amplia autonomía (arts. 457.3, 469, 488.1 y 2 ALECr 2011) o el de la intervención de las comunicaciones (art. 283) ponían de manifiesto esta confianza otorgada al fiscal. La investigación que éste podía practicar gozaba así de un gran dinamismo y se podía realizar sin intervención del abogado (arts. 466.1 y 2 y art. 467), previéndose ésta tan solo en los interrogatorios. Aunque el letrado podía solicitar la práctica de diligencias, salvo autorización judicial, no podía tomar parte en ellas (arts. 33.1 k y 472) y los únicos decretos impugnables del fiscal eran aquellos denegatorios de práctica de prueba complementaria (art. 495.1 ALECr 2011). En síntesis: nos encontrábamos una instrucción muy ágil y con pleno protagonismo del órgano oficial de la acusación.

Por el contrario, el BCPP 2013 partía de una postura de desconfianza hacia el fiscal, de modo que sus actuaciones se encontraban sometidas a un régimen poco favorable a su toma autónoma de decisiones. De este modo, el secreto estaba sometido a plazo (art. 138 BCPP 2013), como ocurría con la duración de la intervención de las comunicaciones (art. 302 BCPP 2013), siendo la regla general la participación del abogado en todas las diligencias de prueba (art. 7.2 BCPP 2013), así como lo era el efecto devolutivo general de las impugnaciones (art. 128.1 BCPP 2013)⁸⁷⁹, entre otras manifestaciones que denotan esta desconfianza en relación al Ministerio Fiscal. Para agilizar la instrucción y haber conseguido una mayor eficacia hubiese resultado suficiente con crear un trámite específico para recurrir al superior jerárquico del fiscal con la reclamación pertinente, o acaso al Juez de garantías, asegurando la rápida investigación del delito y, al mismo tiempo, la debida salvaguarda del derecho de defensa. Además de este riesgo patente de ralentización de la investigación, el sistema diseñado por el BCPP 2013 para los recursos devolutivos podría comprometer la imparcialidad del juez durante la instrucción.

En el cuadro que diseñó el ALECr 2011, el juez quedaba apartado de la investigación y del enjuiciamiento, y su labor se centraba en dirimir los intereses de las partes procesales desde una posición de imparcialidad. Se pretendía, desde dicha posición, evitar, en lo posible, el efecto de potenciación del valor probatorio que ordinariamente se otorga a los actos practicados bajo el amparo del juez instructor. La adopción de diligencias que pudieran afectar a los derechos fundamentales o de otra naturaleza,⁸⁸⁰ así como la de medidas cautelares, quedaban encomendadas al juez (arts. 490-491 ALECr 2011, autorización judicial mediante resolución recurrible de las diligencias de investigación a solicitud motivada del fiscal).

⁸⁷⁹ En el BCPP 2013 las resoluciones del Ministerio Fiscal que acordaban o denegaban práctica de diligencias de investigación eran todas recurribles ante el Tribunal de Garantías (art. 128 BCPP 2013) opción pre-legislativa que fue criticada por LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “El proceso penal como sistema de garantías: la contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Propuesta de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, núm. junio/2013, que consideraban que someter cada decisión del fiscal a una eventual impugnación ante el juez convertiría a este, en realidad, en el director de la investigación, y, peor todavía, en un agente inquisitorio que iría formando la causa, suprimiendo a la postre la contradicción, incapacitándolo para decidir sobre la admisibilidad de los cargos. Aunque la idea de un juez que admitiese o no la acción penal pudiera parecer, en principio, una contradicción del principio acusatorio, sostiene VILLAMARÍN LÓPEZ, MARÍA LUISA, “Ejercicio de la acción penal y sobreseimiento en el proceso penal español”, AAVV, (Coords. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, NATARÉN NANDAYAPA, CARLOS, RÍOS ESPINOSA, CARLOS), *Temas de derecho procesal penal de México y España, op.cit.*, pp. 284-287, bajo su criterio no supone tal, ya que el Ministerio Fiscal no ostenta un ilimitado poder de acusar y, en cualquier caso, la actuación del Derecho Penal es monopolio exclusivo de los órganos judiciales, que deberán vigilar si las pretensiones de las partes se acomodan o no al principio de legalidad.

⁸⁸⁰ Según lo requiriese o no, de conformidad con la ley.

La función investigadora oficial correspondía al Ministerio Fiscal.⁸⁸¹ El art. 425 ALECr 2011, que principia el Libro IV “Del procedimiento de Investigación”, explicitaba la anterior previsión al referirse a la dirección y control de la investigación que atribuía, respectivamente, al Ministerio Fiscal y al Juez de Garantías.

En este Anteproyecto la fase de investigación se diseñó con flexibilidad, sin encontrarse sujeta a impugnaciones o recursos, y se introdujo el principio de oportunidad⁸⁸², estableciendo el régimen aplicable a la terminación por oportunidad (arts. 148-156 ALECr 2011) y la institución de la mediación penal (arts. 157-161 ALECr 2011).

El Libro IV del ALECr 2011 se ocupaba del procedimiento de investigación, que se encontraba sometido a control en su duración computable desde la primera comparecencia del investigado (art. 481 ALECr 2011) estableciéndose un plazo general máximo de doce meses, aunque prorrogable. Una característica esencial de la configuración del proceso penal diseñado en él era la limitación de la intervención de la defensa en la fase preprocesal, al tener ésta carácter no jurisdiccional, con el mero objetivo tan solo determinar las circunstancias del hecho delictivo para poder dirigir la imputación penal.⁸⁸³ Aunque en ese momento procesal el principio de contradicción no obrase con toda su plenitud, el investigado dispondría de la facultad de ejercitar prueba de descargo durante la investigación, labor que debía facilitar en todo momento el Ministerio Fiscal.⁸⁸⁴ Sus aportaciones solo podrían ser desechados por éste si resultaban absolutamente irrelevantes al objeto de la investigación (art. 471.2 ALECr 2011).

Para agilizar la investigación, el ALECr 2011 optó por orillar el sistema tradicional de recursos sucesivos, concentrando todos ellos al final de la investigación para soslayar las tácticas dilatorias o de obstrucción a que, en muchas ocasiones, se presta el sistema de recursos de doble instancia.⁸⁸⁵

Por cuanto hace referencia a los instrumentos de la justicia restaurativa en ambos proyectos, en el ALECr 2011 el enfoque de la mediación penal aparecía bastante bien diseñado,

⁸⁸¹ Según recogía el art. 55.2 ALECr 2011 “corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción penal contra quienes deban responder criminalmente de los mismos.”

⁸⁸² En el art. 58 ALECr 2011 se decía así: “(...) No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley. En estos casos, la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al fiscal, sin perjuicio del control judicial de los elementos reglados que permiten su ejercicio, en los términos y en la forma legalmente previstos”.

⁸⁸³ Este diseño es aplaudido por VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL, *Fiscal investigador contra juez instructor (la lógica de la investigación criminal)*, *op.cit.*, (Cap.V, punto 3) que entiende que aquello sobre lo que el juez tomará su decisión será exclusivamente lo que las partes discutan racionalmente en el acto de juicio. En el esquema del ALECr 2011, recuerda su art. 526, resulta fundamental, dejar claro que la acción penal se ejercita por medio del escrito de acusación, por lo que la investigación previa es pre-procesal. También BASTERRECHE BENGOA, TOMÁS, “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales”, *Revista de estudios políticos*, núm. 160/2013, se muestra conforme con el nuevo marco del fiscal investigador.

⁸⁸⁴ El Ministerio Fiscal, cuya imparcialidad se predica del mismo en el art. 59 ALECr 2011 al exigirle: “(...) a actuar en el proceso en defensa de la legalidad con plena objetividad, y asimismo (...) informar a la persona a la que se atribuya la comisión de un delito o falta de los derechos que posibiliten su defensa, removiendo los obstáculos que impidan su efectividad.”

⁸⁸⁵ En la EM, apartado XLVII, se hace referencia a esta novedad “(...) Finalmente, hay que destacar la supresión en este procedimiento investigador del complejo sistema de recursos frente a resoluciones interlocutorias. Superada la forma procesal, de carácter secuencial, del procedimiento preparatorio, las impugnaciones de las decisiones del fiscal se realizan ante el Juez de Garantías en los casos expresamente señalados en la ley. Y en cuanto a las resoluciones de este juez, sólo serán recurribles los autos de sobreseimiento y los que acuerden las medidas cautelares solicitadas. Se ha optado en este punto por una impugnación de carácter horizontal ante una sección colegiada del Tribunal de Instancia denominada “Sección de reforma.”

basado en el principio de oportunidad, según argumentaba en el apartado XXVI de su EM, y entendido, no como un poder de disposición otorgado a los particulares, sino como un “instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado”, cuando los fines de la pena eran alcanzables por un mecanismo diverso a la imposición de la pena. Dicha decisión quedaba a criterio del Ministerio Fiscal y consistía en evitar el proceso o ponerle fin en los llamados “procedimientos urgentes” (art. 673 ALECr 2011), que podían remitirse al sistema de mediación regulado en los arts. 157 a 161 ALECr 2011 y en los “procedimientos por delito privado” (art. 701 ALECr 2011), donde, a petición de las partes, se podía igualmente acudir a dicho sistema de mediación. Adicionalmente, el art. 460 ALECr 2011 permitía, a consideración del fiscal, que éste pudiese acordar la remisión de un asunto que considerase susceptible de mediación penal a esta vía, no diciendo nada el precepto sobre la voluntariedad de las partes, que expresarían la misma ya ante el Servicio, sin ser previamente escuchados por el fiscal.

Antes de entrar en el análisis de las distintas configuraciones que ofrecen las iniciativas prelegislativas sobre la justicia restaurativa de LECr, entendemos que procede una reflexión sobre cuál resulta la mejor ubicación normativa para la regulación de la mediación penal. En principio, las dos alternativas legítimas son la promulgación de una ley singular, una ley de Mediación Penal, o su ubicación en la propia LECr.

La primera opción podría ser más acorde con lo impuesto en la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que obliga a los estados miembros a poner a disposición de la víctima los servicios de la justicia restaurativa, y, sobre todo, por la propia naturaleza de LECr, que regula el proceso judicial penal y sus garantías, un objeto de normatividad muy distinto que la mediación penal, con la que solo tiene en común tratarse de sendos mecanismos de resolución de conflictos. Por consiguiente, una mejor técnica legislativa y jurídica abogaría por esta posibilidad, amén de desempeñar una función instructiva al ciudadano al señalarle que la respuesta al delito va a ser articulada por una opción diferente a la respuesta meramente punitiva. Sin embargo, no fue ésta la vía seguida en los textos prelegislativos.

En el ALECr 2011 la regulación sobre la mediación penal se encontraba localizada en los arts. 157 a 161, como una forma especial de terminación del procedimiento penal, en cuyo Título V, se ubicaban. El art. 157.1 ALECr 2011 exponía los principios en los que se basaba la mediación penal: voluntariedad, gratuidad, oficialidad, y confidencialidad, olvidando, extrañamente, el de igualdad.⁸⁸⁶ En el art. 158 ALECr 2011 se regulaba el procedimiento que podía ser incoado de oficio por el fiscal o el juez, o serlo también a instancia de parte, bajo la tutela del Ministerio Fiscal. La decisión había de tomarse según las circunstancias del hecho del infractor y de la víctima, determinándose para su sustanciación un plazo de tres meses.

El art. 159 ALECr 2011 abordaba las consecuencias del procedimiento de mediación, que se materializaban en la confección de un informe por parte del Equipo de Mediación, bien positivo o negativo, aportando en el primer caso un acta de reparación. El fiscal podría, ante ello, bien decretar el archivo por oportunidad de los arts. 149 y 150 ALECr 2011 imponiendo

⁸⁸⁶ La LMACM, expone en su Título II, art. 6-10, los principios informadores de la mediación, fijándolos en los de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad, confidencialidad, y relativos a las partes, tales como libertad de organización, lealtad, buena fe, respeto mutuo, y colaboración y apoyo permanente a la actividad del mediador.

como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes, o bien proceder de acuerdo con las reglas de conformidad. Se trataba, por consiguiente, de consecuencias previas a la celebración del juicio oral⁸⁸⁷ ya que la mediación en éste ante el tribunal enjuiciador se encontraba prevista en el art. 160 ALECr 2011.

Las normas aplicables a la mediación en este momento procesal del acto de vista se remitían a los trámites del art. 158 ALECr 2011, mencionando expresamente la atenuante de reparación del daño como el instrumento por el que se articularía la rebaja de la condena. Finalmente, el art. 161 ALECr 2011 establecía que el sometimiento a la mediación durante la tramitación de los juicios de faltas interrumpía el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal. Aunque la previsión legal muy probablemente tenía como fin evitar la prescripción, muy breve en los juicios de faltas, la idea subyacente de evitar posibles fraudes procesales en forma de táctica dilatoria, debería haber incluido a todo tipo de procedimientos esta interrupción prescriptiva.

3.4.3.2. El Borrador de Código Procesal Penal de 2013.

Este segundo texto prelegislativo, que no llegó ni a configurarse como Anteproyecto de ley, se denominó Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, fue el producto de una comisión de expertos presidida por Manuel Marchena Gómez, y creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. A finales de febrero de 2013, el Ministerio de Justicia presentó el borrador de Código Procesal Penal elaborado por la citada comisión de expertos que supuso un giro radical del proceso penal español e introdujo expresiones del principio de oportunidad como la conformidad y la mediación penal con una formulación novedosa. En general, como ya se ha estudiado, el principio de oportunidad de origen anglosajón, se ha ido extendiendo en los ordenamientos continentales de forma imparable durante las últimas décadas con denominaciones y peculiaridades propias de cada concreción nacional.

Aunque como en el ALECr 2011 también en este borrador el Ministerio Fiscal aparecía configurado como el director de la investigación oficial, la perspectiva desde la que se le contempla era muy diferente. En el BCPP 2013 el Ministerio Fiscal pasaba a ser más una suerte de agente inspeccionado por el Tribunal de Garantías⁸⁸⁸, que un verdadero director del procedimiento de investigación, quedando sus facultades mermadas respecto al Anteproyecto anterior ante la resuelta intervención del Tribunal de Garantías sobre el desarrollo del proceso.

El BCPP 2013 se mostraba muy restrictivo en las atribuciones del Ministerio Fiscal tendentes a acordar diligencias de prueba que pudieran limitar, aunque fuera de manera leve, derechos fundamentales. De esta suerte, creaba un Ministerio Fiscal muy debilitado en su tarea investigadora,⁸⁸⁹ un rol que para nada se compadecía con la configuración constitucional del

⁸⁸⁷ Que se suspendería ante la petición de las partes y para ese efecto, art. 557 ALECr 2011.

⁸⁸⁸ Tal afirmación se deduce del art. 241 BCPP cuando regula las potestades del Tribunal de Garantías y le otorga con carácter general el control de la fase de investigación (...) “mediante las actuaciones previstas expresamente por la Ley”. En este sentido se manifiesta RODRÍGUEZ SOL, LUIS, “El fiscal investigador en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos”, *Diario La ley*, núm. 8205/2013.

⁸⁸⁹ Ha sido identificado como una especie de figura de enlace entre jefe de la Policía y el Tribunal de garantías por GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 363. A esta misma conclusión llega también

Ministerio Fiscal como órgano que actúa bajo los principios de legalidad e imparcialidad, en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Por otra parte, a efectos prácticos, un diseño de un fiscal que apenas tenía capacidad para ordenar diligencias de prueba y que debía solicitarlas al Tribunal de Garantías, suponía una reduplicación de trámites, y una evidente falta de celeridad procesal.

En disonancia con la configuración débil del Ministerio Fiscal, la Policía Judicial⁸⁹⁰ (art. 80 del BCPP 2013) quedaba encuadrada orgánicamente en aquel órgano, no ya sólo funcionalmente (art. 126 CE). La FGE podría así, impartir instrucciones para su buen funcionamiento, lo cual podría implicar adicionalmente la facultad del Ministerio Fiscal, tanto de influir en promociones y reconocimientos de los policías, como de tomar parte en los procesos disciplinarios contra los mismos. En general, los actos de investigación que podía, según el BCPP 2013, efectuar la Policía Judicial, a pesar de la gran especialización técnica de algunas de sus secciones, eran limitados. No obstante, el artículo carecía de mayor precisión, y, por tanto, la configuración más precisa hubiese quedado pendiente de una posterior ley de desarrollo.

A diferencia del modelo del ALECr 2011, que concentraba los recursos contra los decretos denegatorios de diligencias de prueba del Ministerio Fiscal a un único momento procesal, con el propósito de imprimir mayor celeridad a la fase de investigación, el del BCPP 2013 permitía su impugnación en cualquier momento (art. 128 BCPP 2013), ante el Tribunal de Garantías. De tal suerte, si éste ordenase la práctica de una diligencia denegada por el fiscal, éste debería cumplimentarla. Esta faceta fue sido fuertemente contestada porque resultaba incompatible con la eficacia y celeridad que exige la realidad de la Administración de Justicia, y que la propia EM del texto dice pretender.

El sistema de plazos del BCPP 2013 venía recogido en su art. 127, tratándose de plazos perentorios que corrían, incluso, si no se conocía la identidad del infractor y con una duración de 6 meses a contar desde el decreto de apertura de las diligencias, extensible en el caso de investigaciones complejas previstas en el apartado tercero el propio artículo. El fiscal podía solicitar la prórroga que adoptaría el Tribunal de Garantías.

DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal como director de la investigación y como parte acusadora del proceso penal”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal, op.cit.*, pp. 187-188, que, la extrae, como idea general, del BCPP 2013. Examinado el texto en su conjunto, se observa, a su modo de ver, que las actuaciones del Ministerio Fiscal no van más allá de ser meros trámites insertos en un procedimiento jurisdiccional a cargo del Tribunal de Garantías.

⁸⁹⁰ Después de exponer los inicios del Cuerpo de Policía, que en España datan de 1824 mediante la aprobación de una Real Cédula que decretaba la creación de la Policía General del Reino, y su posterior evolución hasta su configuración constitucional sometida en funciones de investigación criminal a jueces, tribunales y Ministerio Fiscal, ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La Policía Judicial”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal, op.cit.*, pp. 451-496, analiza su tipología, funciones, y la compleja cuestión de la dependencia de aquella, toda vez que la previsible dirección de la investigación por el fiscal, planteará dudas importantes, ya que la eficacia de investigación reclamará la dirección de la Policía Judicial por el Ministerio Fiscal y la consiguiente reforma del EOMF y de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. A pesar de ello, la autora concluye que el principal problema sería convencer a la ciudadanía de que un órgano como el Ministerio Fiscal, interesado en “detener y castigar delincuentes” se hiciera cargo de la dirección de la Policía y de la investigación siendo parcial. Otro estudio de la Policía Judicial por CUADRADO SALINAS, CARMEN, “La Policía Judicial”, AAVV, (Dir. ASENSIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, Coord. FUENTES SORIANO, OLGA), *Derecho Procesal Penal, op.cit.*, pp. 101-112.

Del análisis de las diligencias de investigación que precisaban, según el BCPP 2013, autorización judicial, se observa que su exigencia era prácticamente general, cuando constitucionalmente no existe obstáculo para que muchas de ellas las hubiese efectuado el fiscal. Así, la declaración de testigo protegido (art. 377 BCPP 2013), examen de la dirección IP o de un ordenador intervenido, intervenciones corporales, eran lógicamente atribuidas al Tribunal de Garantías, pero otras que no gozan de reserva constitucional también lo eran. Entre las facultades investigadoras del fiscal se encontraba la de practicar identificaciones, bien mediante reconocimiento en rueda (arts. 274, 275, y 276 BCPP 2013), identificación fotográfica (art. 277 BCPP 2013), o reconocimiento de voces (art. 278 BCPP 2013). Desde la perspectiva de la celeridad procesal hubiese sido más adecuado dejar al Ministerio Fiscal la práctica de aquellas diligencias que no supusieran restricción de derechos fundamentales.

3.4.3.2.1. Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y principio de oportunidad.

El BCPP 2013 preveía diversas posibilidades de diversión como expresiones del principio de oportunidad que acoge decididamente; el sobreseimiento a instancia del Ministerio Fiscal; el sistema de conformidades;⁸⁹¹ y la mediación penal. El sujeto sobre el que pivotaban todas estas facultades era el Ministerio Fiscal que, en el diseño del texto como director de la investigación oficial (art. 56 BCPP 2013), ostentaba una gran capacidad de negociación y disponía de la facultad de instar el sobreseimiento de las causas y su suspensión en aplicación del principio de oportunidad (arts. 90 y ss. BCPP 2013). La preeminencia del Ministerio Fiscal podía verse matizada por la actividad de la acusación particular y popular, pero, incluso, con ella, el Ministerio Fiscal, merced a previsiones como el denominado incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena (art. 110 BCPP 2013), al que luego se hará referencia, o la importante debilitación de la institución de la acusación popular practicable solo en un listado cerrado de delitos (que enumeraba el art. 71 BCPP 2013)⁸⁹², seguiría manteniendo una posición

⁸⁹¹ En relación a la regulación de la conformidad en el BCPP 2013, CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada. Las claves del nuevo proceso penal español”, AAVV, (Dir. RUIZ LÓPEZ, CRISTINA, LÓPEZ JIMÉNEZ, RAQUEL, MORENO CATENA, VÍCTOR MANUEL), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, jornadas sobre el nuevo Código Procesal Penal*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 829-847.

⁸⁹² Estudia este instituto desde diversos ángulos, también en relación con los Proyectos de reforma de la LECr, TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal, op.cit.*, pp. 287-296. En relación con los ámbitos jurisdiccionales la acción popular está excluida de la jurisdicción de menores (donde la acusación particular sí está prevista, art. 25 LORPM) y de la militar, aunque los textos que la regulan guarden silencio al respecto. En relación con el ámbito de delitos susceptibles de ser denunciados por la acción popular, éstos son aquellos públicos, perseguibles de oficio, no en los privados, y, aunque no podrían ser iniciados por la acusación popular, si sería posible, en opinión del autor, personarse en la causa una vez incoado el procedimiento. El BCPP 2013 (art. 71) restringía su aplicación a delitos ofensivos con bienes jurídicos de carácter colectivo (delitos cometidos por funcionarios públicos, delitos de corrupción en esa esfera, delitos contra intereses difusos y electorales, todo ello, con intención de evitar abusos: sorprendentemente fuera de ellos los cometidos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales o delitos contra la salud pública así otros con marcado carácter supra-individual). La reflexión del autor en el sentido de que, reconociendo abusos, la vía de evitarlos no es cercenar la aplicación de la acusación popular, sino mejorar la vigilancia judicial, no puede ser sino compartida. El ALECr 2020, en relación con la acusación popular, partiendo de la necesidad de evitar abusos sobre su utilización, establece la limitación de las personas que pueden instarla, excluyendo las personas jurídicas, los partidos políticos y los sindicatos. Determina, también, una limitación en torno a su ámbito objetivo, recogiendo el elenco de delitos del BCPP 2013 en tal sentido. Adicionalmente, prevé un mecanismo de control judicial, a modo de filtro, que fiscalizará que el propósito del acusador popular es legítimo, es decir, que acredita el interés de la justicia, y no es espurio. Se puede calificar, pues, la actitud que mantiene el ALECr 2020 hacia el instituto de la acusación popular, como de desconfianza (así lo califica el Informe del Consejo Fiscal) y hasta tal punto llegan sus cortapisas que nos preguntamos si no vulnerarán la CE al limitar de forma drástica el contenido esencial del derecho. La exclusión de personas jurídicas entre las legitimadas para su ejercicio es tanto como impedir de forma soterrada la aplicación de la previsión constitucional, intensamente democrática, no lo olvidemos. Igualmente, la exclusión (o no inclusión, tanto da) del ámbito delictual de tipos de claro contenido social y colectivo, tampoco resulta oportuna. El Informe aludido resulta muy crítico con esta configuración que pretende dar a la acusación popular el ALECr 2020.

de dominio sobre los mecanismos de justicia negociada. Manifestaciones de su capacidad de disposición sobre la finalización del proceso penal, eran el sobreseimiento por razones de oportunidad, y la suspensión.

El BCPP 2013 regulaba varios supuestos de sobreseimiento por oportunidad, que se pueden sintetizar en tres que se encontraban contenidos en el art. 91 BCPP 2013: ausencia de interés público en la persecución del delito o sanción irrelevante a la vista de otra condena ya impuesta o que se le pueda imponer (puntos 1º y 3º), suspensión con cumplimiento de condiciones impuestas (punto 2º) y supuestos de colaboración con la Administración de Justicia (puntos 4º 5º y 6º). Los supuestos de suspensión se encontraban regulados en los arts. 92, 93 y 94 BCPP 2013, siendo los dos últimos suspensión por litispendencia internacional y por prejudicialidad penal. El art. 92 BCPP 2013 se refería a la suspensión para el cumplimiento de prestaciones (para delitos leves o menos graves) sometida a determinadas prestaciones propuestas y acordadas por decreto del Ministerio Fiscal y solo recurrible ante el Tribunal de Garantías por motivo fundado en interés de la justicia.

El órgano competente para acordar el sobreseimiento por razones de oportunidad era el Tribunal de Garantías a instancia del Ministerio Fiscal (art. 91.2 BCPP 2013) siendo, sin embargo, el Ministerio Fiscal quien decretaba la suspensión para el cumplimiento de prestaciones.⁸⁹³ La expresión que utilizaba el art. 92.4 BCPP 2013, relativa a la posibilidad de impugnación del decreto del fiscal, “en interés de la justicia”, resultaba equívoca e impresionaba, *prima facie*, diferenciarse del “interés público” que el Ministerio Fiscal debe observar para instar el sobreseimiento (art. 91.1 BCPP 2013), sugiriendo la idea de que el Tribunal pudiera entrar a conocer con plenitud la decisión del fiscal, lo cual, por otra parte, no es congruente con la idea de la profusa difusión del principio de oportunidad anunciada en la EM del texto prelegislativo.

3.4.3.2.2. Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y justicia negociada.

En relación con la justicia negociada, el BCPP 2013 abogaba también por su promoción con una serie de importantes incentivos para conseguir conformidades, tales como la ausencia de límite penológico alguno para su aplicación, su extensión a todo tipo de procesos, o la generalización de la conformidad premial con la reducción de un tercio de la condena solicitada en cualquier conformidad, al mismo tiempo que se extendía la posibilidad de su aplicación a un amplio margen temporal, ya que su límite máximo era “ la expiración del plazo para la presentación del escrito de defensa” (arts. 104, y 270 y ss BCPP 2013 en el caso de la conformidad inmediata, o art. 480 BCPP 2013 en el caso de la producida una vez abierto el proceso de juicio directo). Resultaba viable, incluso, una vez abierto el juicio oral con la petición de sentencia de conformidad antes de iniciarse la práctica de la prueba, normalmente con la presentación de un escrito de acusación en el propio acto de juicio (art. 444 BCPP 2013).⁸⁹⁴

⁸⁹³ Pudiendo, igualmente, levantarla en caso de incumplimiento.

⁸⁹⁴ Un estudio sobre el diseño que ofrecía el BCPP 2013 en relación con la justicia restaurativa CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Reflexiones sobre la regulación de la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal penal de 2013” AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, pp. 869-892.

La finalidad de la misma aparecía nítidamente recogida en el art. 102.2 BCPP 2013 que aludía a la evitación del resto del procedimiento hasta la sentencia. Aunque, en puridad, el artículo usa la expresión “la conformidad tiene como efecto principal”, se infiere de él que lo que pretende este instituto (en la concepción del BCPP 2013) tiene un propósito marcadamente utilitarista. El ámbito objetivo de la conformidad previsto en el art. 103 BCPP 2013 es amplísimo, pues abarca cualquier tipo de delito con independencia de la pena que pueda corresponderle. En el Derecho comparado un ámbito tan extenso lo iguala al de EEUU y lo diferencia del italiano, muy similar al límite penológico actualmente vigente en el proceso español.⁸⁹⁵

El BCPP 2013 establecía que no existía impedimento para que la persona a conformarse, el encausado, se tratase de una persona jurídica, aunque en tal caso la conformidad debía ser prestada por un representante legal especialmente designado y con poder especial para ello (art. 112 BCPP 2013).

Como otra manifestación de esta *vis* expansiva de la conformidad, en el esquema del borrador, no resultaba preciso para que ésta fuera viable que todos los encausados se conformasen, pues la posibilidad contraria estaba expresamente admitida (art. 103.2 BCPP 2013). En cuanto a los requisitos del consentimiento del encausado se exigía que fuera libre e informado, amén de tener que encontrarse en condiciones para poder manifestar un consentimiento válido (art. 105 BCPP 2013).

En lo tocante a los requisitos objetivos de índole procesal, la conformidad debía ser autorizada por el órgano judicial competente que, en función de la fase procesal donde se alcanzase el acuerdo sería diferente; así si ocurriese durante la investigación sería el Tribunal de Garantías, y si fuera más tarde el propio Tribunal de Enjuiciamiento (art. 106 BCPP 2013). Se exigía, como requisito formal, que la conformidad hubiera de expresarse siempre por escrito y con unas menciones determinadas, entre ellas aquella relativa a la avenencia de las partes con la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad debiendo referirlo expresamente (art. 107 BCPP 2013).

El momento procesal oportuno para efectuar la conformidad se mostraba amplísimo, cualquiera del procedimiento, en expresión del art 103.1 BCPP 2013, aunque siempre antes de que expirase el plazo para presentar escrito de defensa (art. 104 BCPP 2013), ya durante las diligencias de investigación, (art. 270 BCPP 2013), o inclusive en el propio juicio oral antes del inicio de la práctica de la prueba, (art. 444 BCPP 2013).

⁸⁹⁵ En efecto, en el llamado *patteggiamento allargato* del proceso italiano se establece como límite para las conformidades la pena de 5 años de privación de libertad (una vez reducida la condena con eventuales atenuantes y con la reducción del tercio privilegiado) existiendo, no obstante, determinadas causas objetivas y subjetivas que impedirían el acuerdo, art. 444.1 CPP italiano. El sistema español de la conformidad penal y el *patteggiamento* italiano son comparados por CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de Derecho comparado”, *La Ley Penal*, núm. 104/2013. Este modelo convencional por excelencia en el ámbito del proceso penal italiano, que se traduce en un pacto entre el Ministerio Público y el acusado, es analizado por ALONSO SALGADO, CRISTINA, “Justicia penal consensuada. Breve aproximación al *patteggiamento* en el caso italiano”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, Coord. TORRADO TARRÍO, CRISTINA), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos, op.cit.*, pp. 423-448, que recuerda que, a pesar de la taxatividad de la CI 1947 de la obligatoriedad de la acción penal, ésta es interpretada con flexibilidad y que la doctrina del país trasalpino no la entiende como un imperativo absoluto.

El Tribunal competente para dictar sentencia y controlar la conformidad dependería de la fase procesal en que se alcance el acuerdo, siendo, por consiguiente, el de Garantías o el de Juicio (art. 106 BCPP 2013). La conformidad debía superar un control por parte del Tribunal que se encontraba regulado en el art. 108 BCPP 2013. Éste versaba sobre el cumplimiento de los requisitos legales de aquella. La homologación judicial de la conformidad se dilucidaría en una comparecencia a la que el Tribunal citaría a las partes, informando al encausado de sus consecuencias, preguntándole si se ratificaba y escuchando, también, a su letrado y a las otras partes, sobre la validez y efectos de la conformidad, asegurándose además de que el encausado había prestado libremente su consentimiento. El Tribunal podría rechazar la conformidad.⁸⁹⁶

Podría, también, dictar sentencia si consideraba adecuada la calificación jurídica otorgada al hecho en los términos expresados en el escrito (art. 108.2 BCPP 2013), o emitir sentencia absolutoria si entendía que el hecho reconocido no era delito, que el acusado no era su autor, que existía algún impedimento de procedibilidad o, finalmente, dictar sentencia condenatoria con pena inferior a la conformada si resultaba la procedente.

Los efectos de la conformidad eran, como se ha visto, evitar la sustanciación del resto del procedimiento y el dictado de una sentencia de forma inmediata (arts. 102.2 y 272 BCPP 2013). Para conseguir dichos propósitos, el BCPP 2013 desplegó un conjunto de incentivos de gran intensidad entre los que destacaba el “premio” de rebaja de un tercio de la pena sobre la que recayese la conformidad, aun cuando ello supusiera la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el CP (art. 104 BCPP 2013). Esta modalidad privilegiada de conformidad, instaurada por la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, ha conseguido incrementar muy notablemente el número de conformidades. Ahora bien, si el juicio oral ya se hubiese iniciado esta rebaja no sería operativa.

Otro incentivo para su uso contemplado en el BCPP 2013 fue la extensión de la misma a todos los delitos y a todos los sujetos, incluidos reincidentes y delincuentes no primarios, así como a todo tipo de procesos incluidos los delitos especiales del Título V (arts. 102.1 y 103.3 BCPP 2013). Las eventuales responsabilidades civiles del delito, de alcanzarse conformidad, quedarían incluidas en la sentencia en caso de consenso respecto a ellas (arts. 272 y 114 BCPP 2013). En caso contrario, el juicio versaría tan sólo sobre ese desacuerdo indemnizatorio.

La sentencia de conformidad se dictaba oralmente y se documentaba de forma escrita (art. 114 BCPP 2013) con inmediata declaración de firmeza si nadie manifiesta su voluntad de recurrir, pronunciándose expresamente sobre la suspensión/sustitución de la pena. El sistema de recursos se encontraba contemplado en el art. 115 BCPP 2013, con un régimen prohibitivo sobre las razones de fondo, exceptuándose tan solo cuando no hubiesen respetado los requisitos o términos acordados de la conformidad. La denegación de la conformidad, al contrario, resultaba recurrible en apelación (art. 115.2 BCPP 2013).

⁸⁹⁶ Si con base en hechos aceptados, consideraba que el hecho reconocido por las partes no era constitutivo de delito o que la pena que correspondiese imponer era de menor gravedad a la solicitada dictaría sentencia absolutoria o imponiendo pena inferior según corresponda (art. 108.3). El art. 108.1 preveía, además, que si el Tribunal tenía dudas sobre si el encausado había prestado libremente la conformidad, acordaría la continuación del procedimiento. El art. 109 establecía, en el caso de haber sido rechazada la conformidad, que el reconocimiento de hechos efectuado por el acusado careciese de efecto alguno y no podría incluirse o sería excluido de la pieza principal para el juicio.

El control de las conformidades se atribuía en el BCPP 2013 al Tribunal (art. 108 BCPP 2013). De todas formas, dicho control, tras una lectura reposada del texto prelegislativo, no se muestra tan efectiva como pudiera parecer. El Tribunal podía declarar la absolución del encausado si considera que, a pesar de la conformidad, el hecho que se le imputaba no constituía delito, o decretar una sanción inferior en el caso de que la pena que procediese imponer fuera de menor gravedad a la solicitada (art. 108.3 BCPP 2013). El control de tipo fáctico que podía efectuar el Tribunal era en interés de la justicia, y podría rechazar la conformidad cuando no constase el cuerpo del delito y necesariamente tuviere que existir el mismo, o cuando los hechos objeto de la conformidad no se correspondiesen con la realidad y ello a instancia de una de las partes no conformadas (art. 108.4 BCPP 2013).

La posición predominante del Ministerio Fiscal en la denominada justicia negociada se plasmaba de forma vigorosa en un trámite denominado “incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena”, regulado en el art. 110 BCPP 2013. Mediante dicho mecanismo, si el fiscal consideraba que la conformidad resultaba procedente, pero por la existencia de una acusación popular o privada no fuera posible alcanzarse, podría acudir al Tribunal junto con la defensa para conseguir que la conformidad por él propuesta fuese homologada por aquél. El fiscal tendría, naturalmente, que probar para ello que la postura de la acusación era temeraria, contraria a la ley o no basada en razones de estricta justicia, y el Tribunal tendría que comprobar que la calificación de la acusación “es del todo punto irrazonable o contraria a la Ley o a la buena fe procesal”. A pesar del poder fiscalizador del Tribunal, la posibilidad de forzar una conformidad de que disponía discrecionalmente el fiscal suponía un reforzamiento de su posición negociadora que solo se justificaba, nuevamente, desde una razón utilitarista y económica del ejercicio del principio de oportunidad.

3.4.3.2.3. Borrador de Código Procesal Penal de 2013 y mediación penal.

3.4.3.2.3.1. Consideración crítica de la regulación del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 de la mediación penal.

En el ámbito de la mediación penal, el BCPP 2013, aunque de manera muy defectuosa, apostaba decididamente por este mecanismo de resolución de conflictos. Partía de la premisa de que había que optar por ella cuando la aplicación de la pena no servía a los fines de la prevención y la reparación del daño causado podía ser un remedio más eficaz. La regulación de esta herramienta autocompositiva venía motivada, además, según aludía la EM del texto prelegislativo, por una exigencia impuesta por obligaciones internacionales del Estado español derivadas de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo. De hecho, la propia EM del BCPP 2013, citaba expresamente dicho instrumento del Derecho de la UE como el motivo principal de la introducción en el texto prelegislativo de la regulación de la mediación penal.

Ésta se contemplaba en el BCPP 2013 en el Libro II del Título VI (en escasos cuatro artículos: 143-146), haciéndose una presentación de la misma en el apartado IV de su EM.⁸⁹⁷ La expresión “conflicto”, usada en el texto como identificativa de la infracción penal, planteaba el

⁸⁹⁷ En la que se señala que el fin que persigue su introducción es “posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso”.

ilícito penal como una suerte de cuestión entre infractor y víctima, y si bien con una perspectiva general y desde la óptica de la filosofía de la justicia restaurativa puede ser correcta, olvidaba que en el proceso penal existen otros intereses y derechos, sustancialmente públicos. A continuación, la propia EM aludía al efecto preventivo que puede tener la justicia restaurativa, que iba más allá, según afirmaba, que la mera indemnización, concibiendo la justicia restaurativa como “algo mucho más rico que la pura indemnización económica y que puede tener también unos efectos preventivos importantes”.

El diseño que el BCPP 2013 configuró en relación con la mediación penal⁸⁹⁸ resultó sumamente defectuoso debido a sus carencias, incoherencias, confusiones, y contradicciones, así como por su insuficiencia. Daba la impresión de ser un texto introducido a toda prisa, sin reflexión, planificación ni debate previo, intuyéndose un texto de compromiso, un “parche de última hora” que no logró integrar bien el contenido de la Directiva 2012/29/UE a pesar de referirse a ella en su EM.

En efecto, la regulación de la mediación penal del BCPP 2013 presentaba una gran indeterminación y resultaba escasa e incompleta. No fijó su ámbito objetivo, ni sus efectos procesales, sugeridos, eso sí, en la EM, en forma de archivo por oportunidad, suspensión condicionada, apreciación de alguna atenuante en la imposición de la pena, o incluso “sin repercusión sustantiva alguna”, añadió el apartado IV, pero sin quedar reflejado, posteriormente, en el articulado. De la improvisación en la redacción e introducción de la mediación en el BCPP 2013 da idea, también, la extraña ubicación sistemática de la misma, ya que se colocó tras el Título V que versaba sobre los efectos económicos del proceso, las costas procesales.

La EM del BCPP 2013 contempla la mediación penal como un efecto del principio de oportunidad, definiéndola como un “mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación”. En realidad, este esquema se aproximaba al dispositivo civil, por más que la propia EM matice, en un párrafo posterior, que la mediación penal tiene un carácter mucho más rico y que supera el mero propósito de satisfacer a la víctima. Es evidente que los intereses de las partes deben tener cabida en el proceso penal, pero éste debe satisfacer fundamentalmente el interés público, por ello, y por la falta de precisión de que adolecía la regulación sobre mediación en el BCPP 2013, podía conducir a la engañosa impresión de que, en alguna medida, el Estado hacía dejación del ejercicio del *ius puniendi* en aras de una privatización del Derecho Penal.

Centrados así los términos, el BCPP 2013 no contempló la mediación penal como un complemento al proceso judicial, sino como más bien un mecanismo simultáneo a aquél. Su EM justifica la parquedad de su regulación aduciendo lacónicamente que era “escasa en preceptos (...) pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal”. Como quiera que sea, no se trata de un problema de cantidad, sino de calidad,

⁸⁹⁸ Realiza una comparativa sucinta en relación con el tratamiento de la justicia restaurativa en el ALECr 2011 y BCPP 2013, FLORES PRADA, IGNACIO, “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”, *op.cit.*: el más antiguo de los proyectos vincula dicha herramienta al principio de oportunidad, mientras que el otro matiza el principio, insistiendo en que la mediación como expresión de la justicia restaurativa es un complemento a la justicia penal, más ambicioso que la mera utilización de la mediación o el instituto de la conformidad, una previsión, opina el autor, que no se encuentra después desarrollada suficientemente en su articulado.

ya que además de pocos (art.143 al 146 BCPP 2013), los preceptos que reglamentaban la mediación penal se manifestaban contradictorios, confusos e incompletos.

Estudiando apreciativamente el diseño de la mediación penal en el BCPP 2013, se echa en falta, en primer lugar, una delimitación del ámbito objetivo de las infracciones penales susceptibles de aplicación de aquélla. A este respecto, la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), reclamaba tal especificación.⁸⁹⁹ Del mismo modo, el ámbito subjetivo tampoco resulta recogido en modo alguno, careciendo de referencia expresa sobre la cualidad de víctima o infractor. Un ejemplo de esta confusión la ofrecía el art. 144.2 BCPP 2013 que se encontraba redactado de la siguiente forma: “la voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación por el infractor se comunicará a la víctima por el Ministerio Fiscal (...)”. De su lectura no se infería si la víctima podría solicitar el procedimiento de mediación (aunque da la impresión que no), o si pudiera iniciarse de oficio, o con la petición conjunta de ofendido y ofensor... Ni siquiera se colegía si la víctima podría instar el sometimiento a mediación de la lectura de sus derechos enunciados en el art. 60 BCPP 2013, entre los que no se mencionaba, de la misma manera que tampoco existía previsión en tal sentido en los siguientes artículos que desarrollaban el estatuto procesal de la víctima (arts. 59-68 BCPP 2013).

Otra carencia importante del BCPP 2013, al respecto, era la falta de previsión sobre la prescripción durante el tiempo que se desarrollase el procedimiento de mediación, siendo otro importante olvido o imprevisión la condición de acceso a la mediación, que, en términos de la Directiva 2012/29/UE, suponía el reconocimiento de los elementos básicos del caso, extremo sobre el que la escasa regulación del texto prelegal nada decía.

El art. 144.1 BCPP 2013 realizaba una remisión a la LMACM, que determinaba que serían aplicables a la mediación penal una serie amplia de artículos de la misma.⁹⁰⁰ Ahora bien, entre todas las remisiones que realizaba el art. 144.1 BCPP 2013 se echa de menos la que trata sobre las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos (art. 24 LMACM), por lo que las llevadas a cabo en la mediación penal quedaban, inicialmente, excluidas de tal posibilidad sin ninguna justificación plausible, y sin conocer los motivos de la misma. La formalización del acuerdo de mediación era otro de los aspectos problemáticos de la remisión a la LMACM en la medida que planteaba ciertas incoherencias y lagunas; una era la caracterización del acuerdo como autónomo o como integrado en el proceso penal,⁹⁰¹ pareciendo deducirse del art. 26 LMACM, la primera de las posibilidades.

⁸⁹⁹ en su art.10.1º indicaba que “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”, en consecuencia, el BCPP de 2013, al no efectuar la concreción debida, desoye esta determinación

⁹⁰⁰ En concreto los siguientes: la voluntariedad del procedimiento (art. 6.1), la no obligación mantenerse en él o concluir un acuerdo (art. 6.3), la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (art. 7), el principio de neutralidad (art. 8), la libertad de organización del procedimiento para las partes (art. 10.1), el deber de colaboración, respeto y apoyo de las partes a la actuación del mediador (art. 10.3), las condiciones para ejercer de mediador (art. 11), la calidad y autorregulación de la mediación (art. 13), la responsabilidad de éstos (art. 14), información y sesiones informativas (art. 17), pluralidad de mediadores (art. 18), sesión constitutiva (art. 19), duración del procedimiento (art. 20), desarrollo de las actuaciones de mediación (art. 21), terminación del procedimiento (art. 22), acuerdo de mediación (art. 23), formalización del título ejecutivo (art. 25), y tribunal competente para los acuerdos de mediación (art. 26). Al respecto CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Estado de la mediación en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49/2019, consideraba justificada esta amplia remisión por cuanto son comunes en todas las legislaciones comparadas.

⁹⁰¹ Que se correspondería más con la naturaleza intraprocesal con que está diseñado el procedimiento de mediación.

Otra exclusión que se hace notar era la falta de remisión al art. 9 LMACM, artículo que desarrolla el principio de confidencialidad, obligación fundamental para el desarrollo de la mediación y que establece un régimen de obligaciones, responsabilidades y excepciones aplicable a la misma. También la Directiva 2012/29/UE eleva a requisito primordial la confidencialidad para los procesos de mediación. La mención al secreto profesional al que se encuentra sometido el mediador, recogida en el art. 144.4 BCPP 2013, además de responder a un ámbito distinto al de la confidencialidad, deja fuera a todos aquellos que intervienen en el procedimiento y que no tienen la cualificación profesional del mediador, por lo que no resulta extensible a éstos.

Recapitulando: la remisión genérica que realiza el art. 144.1 BCPP, a la LMACM, resulta desacertada, puesto que, aunque ciertamente la mediación entendida en abstracto tiene un sustrato común a todas sus modalidades en las distintas áreas del Derecho, en el caso del Derecho penal la naturaleza del conflicto sobre el que gira el proceso y las específicas garantías extremadamente marcadas en su ámbito, hacen que el encaje de un mecanismo de mediación de naturaleza privada resulte muy problemático en la esfera penal. A pesar de que la propia EM del BCPP 2013, como hemos visto, afirma retóricamente que la justicia restaurativa penal ha de ir más allá de la mera indemnización, lo cierto es que mediación penal muestra unas características, requisitos, condicionantes, fines y naturaleza, que la alejan de la disponibilidad de derechos propia del ámbito civil.

Finalmente, el papel que el BCPP 2013 otorgaba al Ministerio Fiscal en la mediación penal aparece incompleto y desdibujado, subrayándose su presencia insignificante y pasiva en dicho procedimiento: se le tenía meramente informado de las vicisitudes de éste (arts. 144.2 y 144.3 BCPP 2013), pudiendo suspender las diligencias de investigación cuando le constase ese dato y solo si lo consideraba oportuno (art. 145 BCPP 2013) con grandes dosis de discrecionalidad. No obstante, esta suspensión hubiese resultado oportuna habida cuenta de que la fase de investigación se encontraba sometida al corto plazo de seis meses⁹⁰² (art. 127 CBPP 2013), aunque, por otro lado, si el Ministerio Fiscal no lo consideraba conveniente, las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos podrían continuar de forma paralela al desarrollo de la mediación, o incluso podría haberse adoptado una medida cautelar que no quedaría extinguida por la iniciación del procedimiento (arts. 205 y 213 BCPP).

La doctrina⁹⁰³ recomendó en su día, de *lege ferenda*, en relación a la mediación penal diseñada en el BCPP 2013, algunas mejoras: ampliar los sujetos legitimados para instarla, no siendo únicamente el infractor (art. 144.2 BCPP 2013), indicar claramente el momento de instarla, incidir en la capacitación técnica y profesional del mediador, delimitar su ámbito de aplicación nada más a los llamados delitos bagatela, excluyendo de su aplicación a reincidentes, reos habituales, aforados..., debiendo ser preferentemente breve, no más de dos meses, así

⁹⁰² 18 en caso de complejidad.

⁹⁰³ Un estudio de la mediación en el BCPP 2013 por CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Otro avance de la justicia penal negociada: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8129/2013. Reflexiona también sobre la materia MARTÍN DIZ, FERNANDO, CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Mediación y Justicia Penal. Crítica ante un futuro contexto legal”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, pp. 723-729.

como detalladas sus fases y el contenido del acuerdo final, y equilibrar, en la medida de lo posible, los requisitos de confidencialidad exigidos por la Directiva 2012/29/UE y la publicidad propia del proceso penal.

3.4.3.2.3.2. La regulación de la mediación penal en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013.

La configuración de mediación que elaboró el BCPP 2013 era de carácter intraprocesal y intrajudicial, institucionalizada y profesional. Su art. 143, al regular el contenido de la misma, la definía como “el procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo,” por lo que hay que deducir que la mediación debía tener lugar en el seno del proceso, de forma paralela a éste y con consecuencias sobre el mismo.

El inicio del procedimiento cabía solo a instancia del infractor,⁹⁰⁴ con solicitud al Ministerio Fiscal⁹⁰⁵, que se lo comunicará personalmente a la víctima en el caso de que no considerase inadecuada la mediación, bien de forma directa, o bien por medio del Servicio de Atención a las víctimas (art. 144.2 BCPP 2013). El inicio y fin del procedimiento lo comunicarían las Oficinas referidas al fiscal (art. 144.3 BCPP 2013). El procedimiento de mediación se basaba en la participación libre y voluntaria, sin que ningún interviniente se viese obligado a continuar o a conseguir un acuerdo (art. 143 BCPP, y 6.1 y 6.2 LMACM), rigiendo durante todo su desarrollo la igualdad entre las partes (art. 7 LMACM), desarrollándose las actuaciones del proceso con neutralidad, siendo lo relevante que fueran las propias partes quienes tuvieran que conseguir el acuerdo, característica que define la mediación, (art. 8 LMACM), organizándose el procedimiento como tuvieran las partes por conveniente, colaborando y apoyando al mediador y manteniendo hacia éste la debida deferencia (art. 10.1 y 3 LMACM).⁹⁰⁶

En cuanto a la cualificación del mediador, el BCPP 2013 se remitía al art. 11 LMACM, que establece que éste deberá estar en posesión de un título oficial universitario de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, actividad que, además, deberá estar cubierta con un seguro de responsabilidad civil. Ante la ausencia de mención particular, es defendible la idea de que el mediador debería poseer, dado el ámbito en que se va a desarrollar su labor, de conocimientos amplios de Derecho penal y procesal, ya que la remisión a los artículos que regulan la mediación civil y mercantil, a tal efecto, además de desordenada, resulta incoherente con la naturaleza de la mediación penal, que, para mayor perplejidad, se encuentra expresamente excluida del ámbito de aplicación de la LMACM en su art. 2.2.

⁹⁰⁴ Al menos es lo se deducía de la confusa redacción del artículo.

⁹⁰⁵ Resultaba curioso en este Borrador, recuerda el profesor ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?”, *op.cit.*, que no cupiese esa posibilidad, o que no pudiera poner en marcha el procedimiento de mediación, a diferencia de la previsión del art. 158.1 ALECr 2011.

⁹⁰⁶ La posibilidad de participación de la víctima en la mediación penal fue una de los aspectos más novedosos del intento de reforma procesal penal del BCPP 2013, según opina PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA, “La víctima en el nuevo Código Procesal Penal desde la perspectiva de las exigencias europeas”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013, op.cit.*, p. 143.

El art. 144.4 BCPP 2013 aludía al secreto profesional al que estaba sometido el mediador que “no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento”. Obsérvese que no se refería al requisito de confidencialidad consustancial a la mediación sino, como se ha indicado, al secreto profesional al que ha de estar sometido el mediador, cuando en la mediación no sólo él, sino todos los intervinientes vienen obligados por esa exigencia. El BCPP 2013 carecía, asimismo, de una regulación que se pudiera calificar de siquiera mínima sobre el desarrollo del procedimiento de mediación; formas de acceso, plazos, consecuencias, o momentos de llevarse a cabo. Por otra parte, la remisión a una serie de contenidos, con mención a su articulado, a la LMACM, como ya se ha dicho, tampoco parece la más apropiada, ya que no servía para solucionar las lagunas que la insuficiente regulación de la mediación penal ofrece en el BCPP 2013.

El art. 144.5 BCPP 2013 proclamaba que la mediación sería siempre gratuita, en sintonía con la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y Consejo, que obliga al establecimiento de servicios de justicia restaurativa públicos a disposición del ciudadano. Sin embargo, el proyecto no venía acompañado de memoria económica, por lo que el evidente gasto que supondría el soporte del servicio no quedaba asignado de ninguna forma.

Por último, el art. 146 BCPP 2013 prohibía al Ministerio Fiscal y tribunales ofrecer ventajas al encausado por el hecho de someterse al procedimiento de mediación, “sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza”. Se refería el artículo, en este último inciso, a la posibilidad de una acusación más leve por parte del fiscal, o, incluso, por una petición de sobreseimiento por razones de oportunidad según lo establecido en el articulado por parte de aquel (art. 418 f BCPP 2013). El artículo mostraba un cierto grado de incoherencia pues los propios efectos de la mediación serían determinantes, o, al menos, muy decisivos, cuando el solicitante tomase la decisión de acceder a ellos, por lo que la exhortación a jueces y fiscales ha de entenderse más como una garantía a la voluntariedad que debe regir el procedimiento.

Como se ha indicado, en caso de haberse alcanzado un acuerdo, el art. 146 BCPP 2013 se refería lacónicamente a los efectos procesales o materiales que pudieran derivarse conforme a la Ley que, bien podían traducirse en el sobreseimiento por razones de oportunidad (arts. 418 f. y 91 y 92 BCPP 2013) que, tratándose de delitos leves o menos graves, o bien en la suspensión de hasta dos años sujeta a condición, entre las que perfectamente tendría cabida la acordada por las partes en el procedimiento mediador (art. 92 BCPP 2013), para, una vez cumplida, y a instancia del Ministerio Fiscal el Tribunal de Garantías acordase el sobreseimiento por razones de oportunidad. Paralelamente, se preveía la facultad del Ministerio Fiscal para suspender las diligencias de investigación (art. 145 BCPP 2013) en el caso de que el cumplimiento de la condición pudiera llevar más tiempo, para después levantarla, solicitar el sobreseimiento o, en caso contrario, continuar con la tramitación del procedimiento.

Otra posible consecuencia de la mediación podía ser la conformidad del encausado con la pena más grave de las solicitadas, teniendo en cuenta, además, que entre las novedades del BCPP 2013, se encontraba la generalización de la conformidad premial en orden a fomentar este instrumento siempre y cuando tuviese lugar, a más tardar, con la presentación del escrito de defensa.

También en el momento del juicio oral resultaría posible acudir a la mediación en el diseño del BCPP 2013. Se puede plantear el problema, común a cualquier modalidad procesal en que la conformidad se plantee pero no se alcance, de que el dato trascienda al Tribunal por la repercusión que este conocimiento pudiera tener en él. No cabe duda, como ya se ha tratado, de que tomar parte en la mediación no supone ninguna asunción ni reconocimiento de hechos por parte del infractor, pero, a pesar de las cautelas legales para garantizar la confidencialidad, es posible y previsible que si el Tribunal sabe del intento, quede de alguna forma contaminado y el derecho de presunción de inocencia perturbado. Por ello, un mecanismo como el enunciado en el art. 109 BCPP 2013⁹⁰⁷, ideado para que la conformidad que no ha llegado a materializarse, o conformidad rechazada, no llegue a conocimiento del tribunal, resulta del todo punto un acierto.

Ahora bien, el texto no contemplaba la posibilidad de suspensión del acto de vista para esperar al resultado de la mediación, por lo que hubiese resultado conveniente su terminación antes de dicho momento procesal. Cabría, eso sí, aprovechar el trámite de la audiencia preliminar previsto para el planteamiento y resolución de cuestiones previas y de la conformidad, para adelantar el acuerdo (art. 437.3 BCPP 2013), quedando de otra forma pospuesto hasta el momento de la vista oral inmediatamente previo a iniciarse la fase de prueba, con la aceptación de la petición de pena de mayor gravedad o mediante la presentación de un nuevo escrito en el acto (art. 444.1 BCPP).

3.4.3.3. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

3.4.3.3.1. Configuración general del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Con la entrada en vigor de la CE los derechos fundamentales y las libertades públicas se convirtieron en el eje del ordenamiento jurídico español, trasladándose a la legislación procesal penal por más de cincuenta reformas desde que aquella fue promulgada. De esta forma, se ha configurado un sistema procesal penal perfectamente comparable a los del entorno jurídico europeo, pero con carencias a las que ya se ha hecho referencia y sobre las que se abundará a lo largo de este apartado.

En todo diseño general sobre el proceso penal el Legislador tiene que ponderar dos bienes de trascendencia constitucional: la obligación del Estado de investigar los hechos delictivos y ejercitar su *ius puniendi*⁹⁰⁸, y, por otro lado, el respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal desplegando en toda su intensidad las garantías correspondientes, según ha señalado la jurisprudencia.

No encontrar un equilibrio entre ambos imperativos puede acarrear consecuencias indeseables; un exceso de autoritarismo y pérdida de garantías, en el caso de intensificar la búsqueda de la celeridad, la agilidad y la eficacia procesal, y, de otro lado, la inoperancia del

⁹⁰⁷ El art. 109 BCPP 2013 disponía “Si la conformidad propuesta fuera rechazada, el reconocimiento de los hechos efectuado por el encausado carecerá de efecto alguno y no podrá incluirse o será excluido de la Pieza Principal para el juicio.”

⁹⁰⁸ En este sentido la STC 24/2018, de 5 de marzo, BOE núm. 90, de 13 abril de 2018, al resolver un recurso de amparo, referente al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, señala en su fundamento jurídico cuarto; “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE”.

sistema en el caso de que las garantías se sobredimensionen o sus mecanismos resulten defectuosamente diseñados.

La obtención de la verdad oficial, siempre parcial y fragmentaria respecto a la verdad histórica⁹⁰⁹, se consigue a través del denominado proceso justo, que requiere el análisis y valoración de las versiones contradictorias que las partes expuestas -en condiciones de igualdad- argumentativamente ante un tercero imparcial e independiente, sin interés personal alguno en el caso, y que resuelve de manera razonada y razonable. Este esquema conceptual que reivindica el punto de equilibrio entre la persecución del delito y la garantía de los derechos de los intervinientes en el proceso penal, es el que asume el ALECr 2020.⁹¹⁰

3.4.3.3.2. El fiscal director de la investigación oficial en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Aproximación al procedimiento dirigido por dicho órgano.

De igual manera que sus precedentes, el ALECr 2020 tiene uno de sus ejes fundamentales en la atribución de la función investigadora al Ministerio Fiscal⁹¹¹, que se recoge en los arts. 521 y 522 del Anteproyecto, denominado “procedimiento de investigación”.⁹¹² El alcance real de esta atribución, como se verá más adelante, puede quedar deslavazado dado que el cúmulo de funciones que el Anteproyecto atribuye al juez de garantías es de tal calibre que, a juicio del Informe del Consejo Fiscal relativo a aquel, “permite poner en duda (...) que el sistema procesal diseñado atribuya realmente la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal “. La EM del documento pone de manifiesto dos ideas incoherentes: por un lado, reconoce un amplísimo haz de facultades al juez, más allá de la mera autorización de las

⁹⁰⁹ El hecho de que un pronunciamiento judicial sobre un hecho falso afirme la existencia de éste, ha venido siendo solventado teóricamente con la creación de la dicotomía entre verdad formal y verdad material, con diferencias de matices entre el orden civil y penal, creación de la doctrina alemana de finales del siglo XIX. FERRER BELTRÁN, JORDI, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la distinción”, AAVV, (Dir. FERRER BELTRÁN, JORDI, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL), *Estudios sobre la prueba, op.cit.*, pp. 1-45, desdeña dicha clasificación mencionando a CARNELUTTI, según el cual no cabe más que una verdad, con la que coincidirá o no la declarada judicialmente. En todo caso, la complejidad de las relaciones entre prueba y verdad es enorme, como por medio de supuestos va ejemplificando este citado autor. En un libro encantador, dos reputados criminólogos TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA., GARRIDO GENOVÉS, VICENTE, *Hamlet, el mito y el crimen*, OUC, Barcelona 2015, p. 14-15 glosan, a base de pequeñas anotaciones manuscritas, la obra “Hamlet” de William Shakespeare, en relación a aspectos de su disciplina. Refiriéndose a la conversación que mantienen los dos sepultureros que van a dar tierra a Ofelia tras su suicidio (Acto V, Escena 1ª) y la conversación sobre la justicia que mantienen, señala el autor, la imposibilidad de que los jueces puedan saciar las ansias de justicia humana, así como de que puedan ir más allá de una solución enmascarada en un lenguaje oscuro. El episodio nos recuerda que las posibilidades de la Administración de Justicia, en realidad, resultan muy limitadas para alcanzar la Justicia.

⁹¹⁰ En efecto, el punto IV de la EM ALECr 2020 reivindica la LECr 1892 como punto de arranque de su reforma procesal, al aludir a los elementos autoritarios, identificados con los inquisitoriales, y liberales existentes en el seno del proceso. Según la EM el ALECr 2020 apuesta por estos últimos, creando un modelo en que el juez resulta un tercero ajeno a los intereses en pugna, la idea consustancial del ejercicio de la jurisdicción.

⁹¹¹ Incluso en ordenamientos jurídicos tan extraños a nuestro entorno, como el coreano o japonés, es la tendencia dominante. Sobre el particular, GUIBERT OVEJERO, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI, op.cit.*, p. 293, transcribe la Recomendación del Consejo para la reforma del sistema de Justicia del Japón para el siglo XXI, en las que se contempla la investigación y el ejercicio en exclusiva de la persecución penal por parte del Ministerio Fiscal, amén de una serie de criterios inspiradores para su trabajo, tales como la ponderación de la capacidad de rehabilitación que ofrece el infractor, la consideración de los principios de justicia, la búsqueda de la verdad bajo las exigencias del proceso debido, y siempre, teniendo en cuenta los derechos humanos, obrando con sentido común, y comprendiendo la difícil naturaleza de las relaciones humanas.

⁹¹² El art. 521.1 ALECr 2020 otorga al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación, para lo que se servirá de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sobre quienes ejercerá también funciones directivas.

diligencias limitadoras de derechos, es decir, las propias de un juez de garantías, y por otro, afirma que el fiscal imprime en la investigación la dirección que considera pertinente, “sin estar sometido a la tutela del juez”.

En el diseño del ALECr 2020 el Ministerio Fiscal ostenta la facultad de asumir ya desde el momento inicial la investigación de la infracción criminal (art. 541.1 ALECr 2020),⁹¹³ es decir, las investigaciones practicadas por la Policía cesarán tan pronto como se identifique al autor, quedando bajo la dirección del fiscal, disfrutando de las garantías procesales que conllevan las funciones encomendadas a dicho órgano. En el caso de detención del sospechoso, prevé el art. 542.1 ALECr 2020, que ésta se comunicará inmediatamente al Ministerio Fiscal que asumirá en ese mismo momento la dirección de la investigación iniciando mediante decreto el correspondiente procedimiento investigador.

El momento de la primera comparecencia del investigado frente al fiscal, y la comunicación de que la investigación se dirige contra él se producirá tan pronto se desprendan de la investigación indicios incriminatorios contra una persona determinada (art. 557.1 ALECr 2020). Se distinguen pues, dos momentos relativos a la investigación: la denominada investigación preliminar⁹¹⁴ efectuada por la Policía Judicial, y el verdadero proceso de investigación bajo el fiscal, que comienza con la emisión del decreto de incoación cuando llegue a conocimiento de aquél la noticia de la comisión de una infracción penal (art. 550.1 ALECr 2020). La atribución de la autoría del hecho delictivo puede depender de averiguaciones y pesquisas policiales que no tienen necesariamente que coincidir con el inicio del procedimiento, será suficiente, señala la EM, con que se produzca en un momento en que el infractor pueda ejercitar su defensa con las alegaciones, aportaciones o proposiciones que le interesen.

En estas fases iniciales de la investigación resulta de especial trascendencia el derecho de información de los sospechosos: la Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo de 22 de mayo de 2012, se ha ocupado en particular del derecho a la información en los procesos penales, garantizando el acceso al procedimiento de las personas investigadas en el momento en que la solidez de los indicios lleven a la autoridad pública a decidir alguna medida coercitiva y, en cualquier caso, antes del primer interrogatorio de la Policía.

La Jurisprudencia española ha analizado la Directiva citada (STS 689/2020, de 14 diciembre)⁹¹⁵ encontrando en ella un carácter dinámico, de manera que el nivel de información - tanto cualitativa, como cuantitativamente- al que puede acceder el investigado es progresivamente mayor a medida que el procedimiento va desarrollándose. La Ley ha previsto, además, que desde el momento que se produzca la imputación el nivel de información sea amplísimo (arts. 118 y 520 LECr).

⁹¹³ El art. 541.1 LECr 2020 alude a las primeras diligencias investigadoras que llevará a cabo la Policía, aunque en cualquier momento podrá reclamárselas y asumirlas el Ministerio Fiscal.

⁹¹⁴ Tras la reforma de la LECr de 2002, expone GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La instrucción del proceso: Su estructura esencial”, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, y ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, (Coord. MONTERO AROCA, JUAN), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, op.cit.*, p. 132, se infiere que a las tradicionales fases del proceso penal (declaración, ejecución y cautelar) se le puede añadir en el procedimiento abreviado (art. 769-772) y en el proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 796), la fase policial, en la que es la Policía Judicial la encargada, prácticamente en exclusiva, de investigar la infracción criminal.

⁹¹⁵ STS 689/2020 Rec. 681/2019 de 14 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2020:428).

Sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, la FGE emitió la Circular 3/2018, de 1 de junio, subrayando una cuestión, que desde el punto de vista de este órgano tiene sumo interés, cual es el de encontrar el momento oportuno para equilibrar dos bienes constitucionales como son la efectividad de la averiguación del delito, que puede verse perjudicada si en la investigación se desvela cierta información o precipita imputaciones no fundadas, y el derecho de defensa del investigado. Es importante resaltar que el derecho que subyace detrás del de información no es otro que el de defensa, por lo que aquél cobra sentido cuando se puede ejercitar, es decir, cuando existen indicios suficientes de autoría en relación con unos determinados hechos tipificados como infracción penal. La Doctrina⁹¹⁶ ha venido diferenciando, por otra parte, una gradación en la entidad de los hechos que sirven de base a las investigaciones preprocesales, donde, incluso, se admiten sospechas, rumores, o delaciones, siendo suficientes para que la Policía realice sus pesquisas iniciales, y, aquellas que pueden servir de base para la incoación de un procedimiento penal. Existirán muchos casos en que, habiéndose averiguado la identidad del sospechoso, queden, sin embargo, muchos extremos de las circunstancias del hecho sin una acreditación suficiente. La incoación de muchos expedientes de estas características provocaría una congestión aun mayor de la ya existente en las fiscalías. A mayor abundamiento, las circunstancias del delito deberían ser fijadas con la mayor precisión posible antes de la primera comparecencia del investigado dado el mandato taxativo del art. 560 ALECr 2020 que prohíbe su retraso en cualquier supuesto, acarreado la consecuencia prevista en el art. 624 ALECr 2020 (sobreseimiento por retraso injustificado de la primera comparecencia).

El art. 20 ALECr 2020, refiriéndose a las garantías probatorias, y en consonancia con lo ya anticipado en su EM, es radical al afirmar que la incorporación de toda prueba de cargo al proceso será con pleno respeto al derecho de defensa y al proceso debido, y, que salvo que la prueba sea practicada con contenido contradictorio y ante la autoridad judicial, ésta carecerá de valor probatorio.⁹¹⁷

⁹¹⁶ Entiende que en la investigación policial se pueden ver limitados derechos fundamentales de todo tipo, por lo que la sospecha inicial que la de origen ha de estar debidamente motivada. No cabe ya una especie de *inquisitio generalis* secreta e inmotivada, según NIEVA FENOLL, JORDI, “La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 50/2008, mostrándose el autor muy crítico con las investigaciones policiales que, según manifiesta, vulneran, cuando menos, el derecho a la intimidad del investigado, por lo que propone que, salvo urgencia extrema o consentimiento del afectado, deberían inmediatamente puestas en manos del juez o el fiscal. En el artículo de MAGRO SERVET, VICENTE, “El valor del confidente policial como prueba en el juicio oral”, *La Ley Penal*, núm. 129/2017, este autor trata incidentalmente la investigación policial previa a la formación del “indicio razonable de criminalidad”. La STS 795/2014, de 20 de enero (VLEX 549270818), citada por el autor, alude a las múltiples fuentes de información que utiliza la Policía y que resultan suficientes para iniciar una investigación, entre las que se encuentran las suministradas por colaboradores o confidentes policiales.

⁹¹⁷ El catedrático de la Universidad de Roma, FERRAJOLI, LUIGI, “Las garantías de la prueba como fuente de legitimación de la jurisdicción”, AAVV, (Dirs. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez, op.cit.*, pp. 81-97, en el arduo estilo que lo caracteriza, realiza una diferenciación entre el tipo de prueba existente en el sistema inquisitorio, que se caracterizaba por su pretensión ilusoria de obtener de forma objetiva una verdad absoluta a base del sumatorio de evidencias obtenidas en el proceso, y la prueba del moderno proceso penal. En este último, el resultado de la prueba, el conocimiento obtenido por ella, se entiende como una verdad procesal conseguida por medio de la confirmación, no desmentida, de la tesis acusatoria, pero, a la postre, una verdad opinable jurídica y fácticamente. Lo sustancial de este planteamiento es que la obtención de aquélla ha de realizarse por medio de garantías penales y procesales frente a la arbitrariedad y al abuso. Estas garantías de libertad y de obtención de la “verdad” son “verdaderas fuentes de legitimación de la jurisdicción” según el profesor italiano. Desde esta tesis, las garantías penales son las reglas que sirven para verificar o desmontar, por falsa, la hipótesis relativa al delito, y las garantías procesales, un trasunto de las anteriores en su esfera jurisdiccional, es decir, el acúmulo de verificaciones y la ausencia de prueba negativa para probar la tesis acusatoria.

Esta afirmación, no obstante, tiene una importante excepción en el art. 685 ALECr 2020, que prevé las que denomina “lecturas de contraste” para supuestos de disconformidad grave de lo manifestado por el testigo en el procedimiento y en el juicio oral, pudiendo entonces proceder a la lectura de lo expresado y a posteriores aclaraciones del testigo, para que explique las contradicciones alegadas. Aunque, como añade el apartado tercero, la declaración efectuada en la fase de investigación que sea leída en el juicio oral no tendrá valor probatorio, sí podrá influir en la credibilidad que ofrezca el testigo, lo que, en el fondo, viene a suponer es que, en realidad, sí tiene valor probatorio, aunque no sea directo.

También los documentos e informes que hayan sido propuestos como prueba documental tendrán tal valor (arts. 629.2 c y 682 y ss ALECr 2020), “Documentos y piezas de convicción. Lecturas admitidas”. A pesar de ello, los supuestos más problemáticos se encuentran previstos en el art. 684 ALECr 2020, que, como indica su propio nombre, alude a las lecturas admitidas en una serie de previsiones legales. Se trata de supuestos de aseguramiento de prueba practicados según un incidente específico previsto al respecto (arts. 591-603 ALECr 2020). Son los siguientes: confesión ante el juez de garantías y las diligencias no reproducibles e introducibles según lo previsto para ellas (art. 629.2 b) ALECr 2020) sin perjuicio de que, si procede, se efectúen las correspondientes periciales y/o testificales para acreditar su contenido.

El último inciso de este artículo (684.5 ALECr 2020), establece una novedad para el caso de pérdida sobrevenida, impredecible y definitiva de la fuente de prueba correspondiente, procediéndose a la lectura de la documentación de alguna diligencia de relevancia para la causa, de oficio o a instancia de parte autorizadas por el presidente, aunque con la salvaguarda de que la defensa haya tenido ocasión de participar en su práctica.

El art. 685.4 r) ALECr 2020 realiza una interesante previsión. Se trata del supuesto en que durante el juicio oral un testigo varíe su declaración de la fase de investigación, y se sospeche que el motivo sea que se encuentra coaccionado o amenazado de forma grave. En tal caso se podrá visionar la grabación de su declaración y atribuirle valor probatorio.

Visto lo anterior, se puede concluir que el rigor del art. 20.2 ALECr 2020, que niega cualquier valor probatorio a “las diligencias practicadas en la fase de investigación salvo las practicadas en incidente probatorio ante la autoridad judicial (...)”, debe ser matizado a la luz del propio tenor del texto y de numerosa jurisprudencia constitucional y del TS.⁹¹⁸ Así, aquella prueba constituida por datos objetivos fácticos recogidos en circunstancias de necesidad o urgencia por la Policía Judicial, tales como índices de alcoholemia, fotografías, croquis, huellas dactiloscópicas, evidencias materiales... y que reflejan la realidad, ha sido clasificada por la jurisprudencia como prueba preconstituida. La STS 494/2020, de 8 de octubre,⁹¹⁹ condensa la

⁹¹⁸ Hay que indicar a este respecto que dos formas anómalas de práctica de prueba fuera del juicio oral, como son la prueba anticipada y la preconstituida, tienen una profusa utilización práctica en los juzgados penales. Ha sido, en ausencia de regulación legal, la jurisprudencia la que ha perfilado su contenido y sus requisitos. En relación con las diligencias preprocesales practicadas por la Policía, la Jurisprudencia (STS 215/2003, de 11 febrero, VLEX 15518069, STS 52/2003, de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2003:1220, o STS 2031/2002, de 4 de diciembre, ECLI:ES:TS:2002:8115) ha exigido para que tengan algún valor probatorio la presencia en el juicio oral de quienes la practicaron. Solo excepcionalmente se le ha otorgado valor sin dicha comparecencia (STC 303/1993, de 25 de octubre, ECLI: ES:TC:1993:303). Sin embargo, dichas diligencias policiales, en sí mismas, carecen de valor probatorio según la jurisprudencia (STS 1655/2002, de 7 octubre, ECLI:ES:TS:2002:6513, y STS 143/2013, de 28 febrero, ECLI:ES:TS:2013:798).

⁹¹⁹ STS 494/2020, de 8 de octubre, (ES:TS:2020:3201).

doctrina sobre este tema sintetizando los requisitos exigibles para que la prueba pueda considerarse preconstituida; practicada por la Policía Judicial bajo supervisión judicial -circulación y entrega controlada de drogas, escuchas telefónicas, e intervención de datos electrónicos de tráfico-, aquella efectuada como diligencia de prevención -alcoholemia, videovigilancia, análisis de estupefacentes, inspecciones corporales y geolocalización- o la practicada por el juez de instrucción. En general, la jurisprudencia⁹²⁰ ha otorgado tal carácter a la prueba cuando su práctica posterior resulta imposible siendo incorporada al juicio oral mediante su lectura según lo dispuesto en el art. 730 LECr y sin necesidad de comparecencia de los agentes actuantes en la vista oral.

Un aspecto muy discutible, y que aleja las previsiones del prelegislador de la realidad de la delincuencia, desdeñando la práctica profesional de las investigaciones policiales y la improcedencia de la llamada “prueba tasada”, es la regulación dada a las identificaciones fotográficas y videográficas⁹²¹, que viene contemplada en el art. 623.2 ALECr 2020. Según este artículo, el sobreseimiento ha de ser acordado en todo caso cuando se base en una declaración de un coacusado, un testimonio de referencia, o una identificación visual, ayunas de corroboración periférica.⁹²²

En realidad, dichas previsiones son supuestos de prueba tasada, que al margen de chocar con el principio de la libre valoración de ésta (arts. 741 y 973 LECr), se consideran inadecuados e incompatibles con el moderno proceso penal, según ha sostenido la jurisprudencia. La realidad delictiva indica, además, que existen innumerables modalidades criminales, algunas tan graves como delitos contra la libertad sexual, de violencia de género y un sinnúmero de infracciones contra la propiedad, en que el material probatorio descansa fundamentalmente sobre una sola prueba, en muchas ocasiones sin apenas elementos corroboradores periféricos, o abiertamente sin ellos. La jurisprudencia⁹²³ ha elaborado una doctrina muy depurada para estos casos explicitando los requisitos exigibles para dotar de credibilidad o verosimilitud al testimonio o

⁹²⁰ El contenido de la prueba preconstituida ha sido elaborado por la Jurisprudencia exigiendo una serie de requisitos para otorgar valor probatorio a la misma: uno material -imposibilidad de su reproducción en el juicio oral-, otro objetivo -el cumplimiento de todas las garantías previstas-, otro formal -su incorporación al plenario vía el art. 730 LECr-, y, finalmente, que se practique ante el juez de Instrucción. Recuerda MAGRO SERVET, VICENTE, “Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 92/2012, que el TS ha establecido una doctrina consolidada sobre ella, citando, a modo ilustrativo, la STS 1804/2009, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1804). Esta sentencia, que analiza el art. 777 LECr (previsión de la misma para el procedimiento abreviado), considera que su pertinencia genérica toma base de la expresión “por otro motivo” de dicha disposición, y encuentra su justificación en la idea de imposibilidad, desgranando qué entiende por tal. Comenta la sentencia STS 571/2001, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2001:2848), sobre la prueba preconstituida GARCÍA MARTÍN, PEDRO, “La imposibilidad de producción de la prueba en el acto de juicio oral para la admisión de la prueba preconstituida”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7/2002.

⁹²¹ Aspectos relacionados con la problemática que suscita la llamada videovigilancia y la doctrina de la prueba prohibida son estudiados por DAMIÁN MORENO, JUAN, *El derecho y su garantía jurisdiccional*, *op.cit.* pp. 212-216. Aunque el trabajo tiene ya más de una década las cuestiones planteadas siguen siendo vigentes.

⁹²² El art. 623 ALECr 2020 trata del sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación. El precepto identifica esta insuficiencia con un pronóstico de improsperabilidad de la acción penal. En todo caso, este vaticinio deviene en obligación, según señala, cuando la acusación se basa tan solo en el testimonio de un coimputado; cuando lo es en base a un testimonio de referencia; o cuando descansa tan solo en la identificación visual del acusado, sin existir, en ninguno de los tres casos, ninguna otra corroboración adicional.

⁹²³ La jurisprudencia al respecto es abundante. La muy reciente STS 671/2022, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:671), enumera estos requisitos tradicionales de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, y persistencia incriminatoria. En este mismo sentido la STS 269/2014, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1366), la más exhaustiva STS 1029/1997, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:8019) y la STS 10437/1988, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:1988:10437).

prueba, tales como circunstancias externas -lógica de la declaración- e internas -datos periféricos de corroboración-, determinando que, en todo caso, la ponderación de la prueba requerirá una “prudente valoración” de la credibilidad del relato, basado en la ausencia de incredibilidad subjetiva, grado de verosimilitud, y persistencia en la incriminación.

En cuanto concierne a los plazos procesales, el art. 574.1 ALECr 2020 se muestra cauto y lo despacha con la frase “no podrá durar más allá del tiempo estrictamente necesario” para fundar una acusación, en tanto que prohíbe genéricamente las dilaciones indebidas. Su párrafo segundo establece, sin embargo, un plazo de 12 meses desde la primera comparecencia (18 en el caso de la Fiscalía ante la Audiencia Nacional o de las Fiscalías Especiales) transcurridos los cuales la defensa podrá solicitar al Juez de Garantías el establecimiento de un plazo máximo.

Haber desechado el plazo apriorístico que contenía hasta hace fechas recientes el art. 324 LECr es una novedad positiva. El plazo señalado, modificado por la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el art. 324 LECr, había generado un sinfín de disfunciones y espacios de impunidad inasumibles habiendo sido denunciado desde distintos operadores jurídicos.⁹²⁴

Recientemente, la Circular 1/2021 de la FGE, de 8 abril 2021 ha abordado el profundo estudio del sistema de plazos establecido tras la reforma del sistema que había instaurado la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr, al que califica de abiertamente insatisfactorio, habiendo sido criticado por parte de la doctrina y operadores jurídicos,⁹²⁵ y con el resultado de una mayor carga burocrática y mayor impunidad de las conductas delictivas. Por ello, el Legislador modificó la redacción del art. 324 LECr mediante la ley 2/2020, de 27 de julio,⁹²⁶ estableciendo un plazo general de 12 meses, pero permitiendo sus sucesivas prórrogas

⁹²⁴ Así se expresaba la fiscal General del Estado en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados: “La derogación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el siguiente punto de esta suerte de programa de actuación con el que me presento. Debo decir que carece de toda originalidad. Mis predecesores han perseguido esa derogación, como pretendo hacer yo. La derogación de los plazos de la instrucción introducidos por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015 es absolutamente necesaria. Se trata de la más unánime reivindicación de la carrera fiscal en los últimos años. Conozco de las iniciativas parlamentarias dirigidas a la derogación de ese pernicioso precepto y les ruego que se concierten todos ustedes en ello por el bien de la justicia para impedir que se sigan generando espacios de impunidad.” *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2020, XIV Legislatura*, núm. 37, sesión núm. 3 celebrada el jueves 20 de febrero de 2020. Resulta curioso contrastar esta constatación con las expectativas halagüeñas que algunos hicieron al poco de modificarse el artículo en 2015, CERRATO GURI, ELISABET, “El límite temporal en la práctica de las diligencias de instrucción: ¿el fin de las dilaciones indebidas?, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales, op.cit.*, pp. 78-87. No todos se muestran en contra, sin embargo, véase así: MOSQUERA BLANCO, AUGUSTO JAVIER, “En defensa del 324 LECr”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2223/2019.

⁹²⁵ El sistema instaurado con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, resultó un fracaso manifiesta DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La duración de la instrucción”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2021, que, haciéndose eco de la Memoria de la FGE del año 2019, señala que el tiempo medio de tramitación penal había subido de los 213 días en 2018, a los 327 en 2019, enumerando las cuestiones problemáticas que ofrece el sistema, y comentando la STS 455/2021, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2267), que ha marcado un hito al respecto al marcar las consecuencias procesales de lo que se haga fuera de los plazos legales: es nulo. La problemática del sistema de plazos es tratada por CONDE FUENTES, JESÚS, “Los polémicos plazos de instrucción penal: tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 9162 de 20 de marzo de 2018. Dicho autor da cuenta de la cuestión de inconstitucionalidad a la que ha sido sometido el art. 324 LECr por parte de un Juez de Instrucción mediante auto de 12 de enero de 2017, al sospechar que podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa, al derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de prueba.

⁹²⁶ El breve preámbulo de la mencionada ley reconoce lacónicamente que “Si bien establecer sin más un límite máximo a la duración de la instrucción se ha evidenciado pernicioso por cuanto puede conducir a la impunidad de la persecución de delitos complejos, no es menos cierto que establecer ciertos límites a la duración de la instrucción supone una garantía para el derecho de los justiciables”.

sin más límite que el necesario para lograr la consecución de los fines atribuidos por el art. 299 LECr a la fase sumarial.⁹²⁷

El derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24 CE no se encuentra definido en su contenido y como tal se le puede considerar un concepto jurídico indeterminado. La reciente STS 29/2021, de 20 enero, desecha la idea de identificarlo con un sistema de plazos.⁹²⁸ Dicho tiempo estrictamente necesario, al que hace alusión el ALECr 2020, no es unívoco y depende de circunstancias que tanto la jurisprudencia española como la europea han identificado, sobre todo, la complejidad de la causa, el comportamiento procesal del interesado, y el de las autoridades competentes. Por consiguiente, resulta conveniente la existencia de mecanismos de establecimiento de plazos de investigación para no conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no hay que considerar cualquier dilación como indebida. Así el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE y art. 6 CEDH) se identifica con aquel que tienen las partes a que el órgano judicial actúe con diligencia y agilidad, evitando la práctica de diligencias inútiles. No puede afirmarse, pues, que el sistema de plazos constitucionalice el derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas.⁹²⁹

El tiempo de duración del procedimiento de investigación a que hace referencia el art. 574.1 ALECr 2020 no ofrece, pues, un plazo apriorístico y tasado, sino lo ciñe a la consideración de necesidad y evitación de dilaciones indebidas.

Llegados a este punto conviene, además, considerar que el derecho constitucional al proceso sin dilaciones indebidas, como todo derecho, tiene sus límites, siendo el principal de ellos el de la tutela judicial efectiva. Será en relación a este último que habrá de ser ponderado, ya que cada parte goza del derecho a valerse de todos los medios de prueba que considere pertinentes. En este orden de ideas, el propio TJUE ha establecido que la instauración de plazos de investigación puede resultar contrario al derecho de la UE si llega a comprometer el buen fin de las investigaciones⁹³⁰. Por esta razón el Consejo Fiscal, en su informe preceptivo sobre el ALECr 2020, propone que la posibilidad de dictar un plazo máximo de investigación no puede entenderse con carácter general para cualquier asunto, puesto que podría comprometer que las investigaciones llegasen a buen puerto y con ello dañar la tutela judicial efectiva, sino que debería reservarse para aquellas dilaciones que tengan su origen precisamente la actividad negligente del órgano director de la investigación.

⁹²⁷ Dos fiscales, DÍAZ TORREJON, PEDRO, VALVERDE MEGÍAS, ROBERTO, “Reflexiones prácticas sobre el nuevo sistema de plazos del art. 324 LECrim (Ley 2/2020, de 27 de julio)”, *Diario La ley*, núm. 9714, 13 de octubre de 2020, examinan éstos. También estas dificultades interpretativas que el régimen anterior propició, y que no han quedado disipadas por el actual, son tratadas por GONZÁLEZ CHINCHILLA, MANUEL, “Los plazos de la instrucción penal. Interpretación y alcance del art. 324 LECRIM tras la ley 2/2020, de 27 de julio”, *Diario La Ley*, núm.10064/2022

⁹²⁸ La STS 29/2021, de 20 enero dispone en su FJ 1º “(...) el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable (...)” remitiéndose a diversa jurisprudencia del TEDH.

⁹²⁹ Algo imposible, por otra parte, para el rango de ley que lo instauró (art. 81.1 CE).

⁹³⁰ SSTJUE, asunto C-42/17 de 5 XII 2017 y asunto c-612/2015, de 5 VI 2018.

3.4.3.3. Apreciaciones críticas al modelo propuesto por Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en relación al fiscal como director de la investigación y el juez de garantías.

El número abultado de atribuciones del juez de garantías⁹³¹ durante la fase de investigación del delito⁹³², además de un problema de acomodo conceptual con el principio acusatorio sobre el que se incidirá más tarde, conlleva una ralentización de éste. El hecho de que el fiscal no pueda ejecutar, prácticamente, ninguna diligencia de investigación, por levemente limitativa de un derecho fundamental que sea, sin autorización judicial, se traducirá en mayores dilaciones e ineficacia, lo cual es singularmente predicable en delitos de difícil investigación, sean de organizaciones criminales, delitos económicos o de naturaleza tecnológica. A ello hay que añadir el elevado número de nuevas audiencias a las que el Ministerio Fiscal tiene que comparecer, o una muy compleja configuración de la fase intermedia con profusa intervención del Ministerio Fiscal, elementos éstos que complican el procedimiento y lo ralentizan.

En el ámbito conceptual, la configuración del juez de garantías presenta dificultades de tipo teórico y técnico en cuanto al encaje de su actividad en una fase, la de investigación, que no tiene naturaleza jurisdiccional.⁹³³ El art. 522 ALECr 2020 establece cuál es el objeto del procedimiento en el nuevo proceso penal, fijándolo en el esclarecimiento de los hechos y de sus responsables, con el objeto de decidir el ejercicio de la acción penal. Practicadas dichas actuaciones, el fiscal dictará decreto concluyendo el procedimiento, al que acompañará escrito de acusación, cuando concurran elementos incriminatorios suficientes (art. 589.1 ALECr 2020).

⁹³¹ La instauración del nuevo modelo, según asegura GIMENO SENDRA, VICENTE, “La reforma de la LECr y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 19/2006, no supondría la desaparición del juez de instrucción (aunque no tuviese dicha denominación) sino la reducción de sus competencias a las meramente jurisdiccionales.

⁹³² Las facultades del juez de garantías aparecen enumeradas en el art. 19 del ALECr 2020.

- 1.º Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.
 - 2.º Resolver sobre las peticiones de medidas cautelares.
 - 3.º Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma.
 - 4.º Prevenir, a instancia de la defensa, la dilación indebida de la investigación.
 - 5.º Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.
 - 6.º Disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación.
 - 7.º Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal.
 - 8.º Autorizar la reapertura del procedimiento cuando este se haya dirigido contra una persona determinada.
 - 9.º Autorizar a las acusaciones particulares o populares el ejercicio de la acción penal, cuando no sea ejercitada por el Ministerio Fiscal.
 - 10.º Velar por la adopción de las medidas de adaptación y apoyo necesarias encaso de discapacidad de la persona investigada.
 - 11.º Amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación.
 - 12.º Adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables.
 - 13.º Decidir sobre la personación e intervención de las acusaciones populares.
 - 14.º Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando esta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento.
- Pero no son éstas las únicas atribuciones del juez de garantías. El informe del Consejo Fiscal recoge, sin ánimo de exhaustividad, otras cuarenta y ocho numeradas en guarismos romanos. Apuntalando además estas facultades del juez de garantías tan extensas el ALECr 2020 prevé una secuencia de comparecencias muy numerosas hoy no existentes, en que el Ministerio Fiscal deberá hacer acto de presencia durante la fase de la investigación con distintos propósitos, v.gr. para la adopción de medidas cautelares reales (art. 280 ALECr 2020) para el examen individualizado de conversaciones interceptadas (art. 336 ALECr 2020) o para la fijación de un plazo máximo de la fase de investigación (art. 575 ALECr 2020) a título ejemplificativo.

⁹³³ La interrelación, complicada, entre ambos funcionarios es analizada por LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, “El fiscal y el juez de garantías ¿dos sujetos obligados a entenderse? (A propósito del anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal) *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Zuzenbide Prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, núm. 3/2021.

Visto lo anterior, y considerando que el ejercicio de la acción penal constituye la solicitud de inicio del procedimiento penal, cabe concluir que la fase de investigación diseñada en el ALECr tiene naturaleza preprocesal, y así lo entiende su EM.⁹³⁴ Por consiguiente, en el modelo del ALECr 2020 la fase de investigación no tiene el propósito de preparar propiamente el juicio oral, sino determinar si se acusa o no, máxime considerando que el prelegislador no otorga valor probatorio alguno a las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal, una contradicción teniendo en cuenta que buena parte de aquellas habrán sido autorizadas por el juez de garantías.

En definitiva, si se quiere celeridad y eficacia en el proceso penal sin perjuicio de sus garantías, es preciso atribuir sin temor la investigación efectiva al Ministerio Fiscal y configurar un juez de garantías que ciña su labor a lo estrictamente concerniente a la defensa de los derechos fundamentales, en forma de medidas limitativas de éstos o impugnaciones por dicha razón. Es paradójico que la propia EM del ALECr defina con exactitud cuáles son realmente los cometidos del juez de garantías con auténtico contenido jurisdiccional⁹³⁵ y, por otra parte, en el articulado estructure un sinfín de atribuciones que no tienen esta naturaleza. El control resulta preciso, pero sería más eficaz en términos de eficiencia procesal, posponerlo para otra fase procesal.

Otra circunstancia llama la atención del ALECr 2020. No se comprende por qué el modelo de proceso penal de menores, asentado, con décadas de vigencia y que se ha mostrado sumamente eficaz y garantista, no haya servido de modelo para el diseño del ALECr 2020, cuando como en éste corresponde la dirección de la investigación oficial al Ministerio Fiscal (arts. 6 y 23.3 LORPM respecto a los límites de sus facultades). Se trata de un modelo que, además de encontrarse avalado por muchos años de experiencia satisfactoria, resulta ágil, eficaz y respeta, sin ningún género de dudas, las garantías del justiciable en toda su extensión. Las especiales características del infractor, en relación a su minoría de edad, no son obstáculo para trasponer un sistema en que las funciones del Ministerio Fiscal son coincidentes, cuando, singularmente, el esquema del proceso penal de menores armoniza más con el de los procesos penales de nuestro entorno jurídico. Resulta extraño que el ALECr no haga ni siquiera una alusión a este extremo, cuando en buena lógica es el precedente más cercano en la legislación española y con una práctica consolidada y feliz.

La EM tacha nada menos que de “patología estructural” de la legislación procesal vigente a la figura del juez instructor, al entender que su labor se encuentra sobredimensionada por la valoración que se otorga a los actos de instrucción,⁹³⁶ bajo la consideración de que han

⁹³⁴ En efecto, así lo reconoce el punto VIII de la Exposición de Motivos del ALECr 2020: “En la fase jurisdiccional, que se inicia con la interposición de la acción —esto es, con la presentación de la acusación en la fase intermedia—, esta garantía se sujeta a las reglas básicas de exclusividad judicial en la imposición de la pena y de plena forma procesal de las actuaciones. En cambio, en la fase preparatoria del proceso, encaminada a determinar si se ha de ejercer la acción penal que puede darle inicio, se exige una labor de disección de las actuaciones de naturaleza jurisdiccional.”

⁹³⁵ Medidas cautelares, injerencias en los derechos fundamentales, y valoración del fundamento de la pretensión acusatoria.

⁹³⁶ Sobre la cuestión sobre si la instrucción tiene relevancia en el juicio oral, el magistrado VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL, *Fiscal investigador contra juez instructor (la lógica de la investigación criminal)*, op.cit., (Cap. VIII, punto II), no tiene duda alguna. Valiéndose de un estilo directo e interpelante, expone las razones por las cuales no considera negativo, en sí, que el material instructorio sea tenido en cuenta en el juicio oral. Es más, llama la atención sobre el hecho de que ya en el siglo XVIII en el proceso penal británico, donde el juez no tenía ningún conocimiento del dossier de la investigación, hubo voces que advertían que modelar la verdad oficial en el transcurso del juicio oral suponía simplemente una ventaja para el “litigante más poderoso”.

sido practicados por un órgano jurisdiccional revestido de imparcialidad, independencia y objetividad, convirtiendo el plenario en una mera reproducción de lo actuado. Sin embargo, la jurisprudencia del TS y TC⁹³⁷ ha sostenido insistentemente que es en el plenario, donde se despliegan con toda su vigencia los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, donde se forma la convicción del juzgador y donde se discierne el valor de las pruebas ahí actuadas.

El sistema sumamente garantista de la LECr dilata en gran medida la fase de instrucción y no porque, como se ha visto, se tienda a otorgar valor probatorio a la prueba actuada en dicha fase⁹³⁸, sino por la vigencia plena desde el primer momento del principio de contradicción que permite que incluso la decisión más nimia del instructor pueda ser recurrida. En cierto tipo de infracciones penales, por otra parte, resulta sumamente complicada la instrucción por precisar de pericias complejas, muchos interrogatorios, o exámenes documentales sumamente farragosos, piénsese en delitos de tipo económico, medioambiental, o cometidos por tramas delincuenciales, y ello a los solos efectos de determinar el hecho y sus autores.

Por consiguiente, se puede concluir que el juez de garantías del ALECr 2020 dispone de atribuciones que rebasan con creces las genuinas de tal figura, tendentes a la tutela de los derechos fundamentales y ajenas a otras actuaciones *ex officio*, y, segundo, el Ministerio Fiscal dispone de tan escasas facultades para la práctica de una investigación flexible y eficiente que la atribución de su dirección resulta más nominal que real.

Para evitar dicho resultado, las funciones del Juez de garantías deberían circunscribirse tan sólo a la salvaguarda de derechos fundamentales, adopción de medidas cautelares y aseguramiento de las fuentes de prueba durante la fase de investigación, homologando su actividad a la de sus colegas europeos. El control total de la actividad investigadora del Ministerio Fiscal se podría demorar a un momento posterior, en la fase intermedia o en la de juicio oral; dicha posibilidad ha sido declarada conforme con el respeto a las garantías procesales y salvaguarda de los derechos fundamentales según la jurisprudencia del TEDH.⁹³⁹ La jurisprudencia⁹⁴⁰ ha contemplado la posibilidad de diferir la alegación de vulneraciones de

⁹³⁷ Por todas ellas la STC 167/2002, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TC:2002:167), que recalca que el tribunal sentenciador ha de tener contacto con todas las fuentes de prueba para formarse una convicción personal sobre lo visto y oído en el acto de juicio. Los únicos actos de prueba, propiamente, son los que se desarrollan en él. El momento idóneo para la formación del conjunto de los elementos de juicio sobre los que después valorar la prueba es estudiado por FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 66-91.

⁹³⁸ Un estudio, de signo comunicacional, sobre la incidencia que el material recopilado durante la instrucción influye en la formación de la convicción del juez sentenciador es analizado por VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL, *Fiscal investigador contra juez instructor (la lógica de la investigación criminal)*, *op.cit.*, (capítulo VIII).

⁹³⁹ STEDH 97/2011, de 2 octubre, *Delta Pekármý vs República Checa*, o SSTEDH 22 mayo 2008, *Kirov vs Bulgaria*, 18 junio 2015.

⁹⁴⁰ Así como en la regulación del procedimiento abreviado se encuentra previsto un turno de intervenciones en que las partes, entre otras cuestiones, podrán alegar la vulneración de algún derecho fundamental (art. 786.2 LECr), dicha audiencia no está prevista para el procedimiento sumario. La STS 4041/1997, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:1997:4041), se lamenta de esta circunstancia, ya que una audiencia preliminar podría sanar el procedimiento expulsando del mismo las pruebas que se hubieran obtenido con vulneración de derechos fundamentales. La más reciente STS 4229/2010, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4229), manifiesta que dicha Sala ha aceptado en otras ocasiones la incorporación de la Audiencia Preliminar del art. 786 LECr también para el Procedimiento de Sumario. Al respecto, la aludida sentencia, cita una serie de resoluciones en el mismo sentido, entre las que resulta interesante la STS 1060/2006, de 11 de octubre (ES:TS:2006:6939), en la que podemos leer en su FJ 2º: “Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 o la 2/98 de 29 de Julio,

derechos fundamentales en el propio acto de vista oral, con excepciones en el caso de que la alegación tardía pudiera causar un perjuicio irreparable o una agravación más intensa, o, incluso en supuestos en que la alegación hubiera sido ya resuelta de forma definitiva en vía judicial, haciendo imposible su eventual reparación en el proceso judicial si no se volviese a revisar.

En otro orden de consideraciones críticas es preciso recordar que una de las razones más señaladas, si no la principal, para la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal es precisamente la celeridad y eficacia que pueden imprimir al proceso, al margen de otras conceptuales sobre la adecuación al modelo acusatorio. Indudablemente, cualquier limitación de un derecho fundamental durante la instrucción, particularmente, los de alta intensidad, deberán requerir la autorización del juez. Y es ahí donde se plantea un problema práctico de primera magnitud: cuando un órgano jurisdiccional desvinculado de la investigación, especialmente si esta es compleja, deba tomar una decisión en un plazo razonable, pero con la dificultad de no conocer en profundidad las investigaciones realizadas. En tal supuesto se plantearán opciones poco garantistas tales como “otorgar un cheque en blanco” al fiscal o una decisión del juez no suficientemente reflexiva.⁹⁴¹

Esta eventual disfunción se produciría porque, a nivel orgánico, el ALECr 2020 opta por el modelo concentrado de juez de garantías en detrimento del disperso, encomendando desde la incoación del expediente a un único órgano judicial todo el seguimiento del procedimiento (art. 554 ALECr 2020) desde la primera comparecencia del investigado (art. 558 ALECr 2020). El modelo se asemeja así al portugués, diferenciándose del italiano o francés en que los tres “juicios” -de garantías, de medidas cautelares y de la acusación- en que la doctrina ha venido a clasificar la actividad jurisdiccional durante esta fase, se atribuyen a órganos diferentes.

Esta opción ha sido criticada por el informe del Consejo Fiscal, por varias razones. En primer lugar, la vinculación de un único juez con el mismo expediente no contribuye a reforzar su imparcialidad en tanto que su contacto frecuente con el mismo le podrá predisponer en la toma de ulteriores decisiones al ir formándose un criterio sobre aquél. En segundo lugar, esta vinculación lo podrá también convertir en un director encubierto o mediato de la investigación penal, y, por último, a menudo la adopción de dichas medidas requiere una respuesta urgente que sería más satisfactoria con el sistema difuso de los jueces de guardia. En defecto de un sistema plenamente difuso, la opción de tres órganos judiciales según la función -garantías, medidas cautelares, o juicio sobre la imputación- resultaría más adecuada.

en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas”.

⁹⁴¹ Esta disyuntiva que se puede plantear según DÍEZ RIAZA, SARA, “La instrucción penal y el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal, op.cit.*, pp. 93- 113, cuando la instrucción es compleja, el juez la desconoce o no tiene suficiente tiempo para formarse una idea sobre la misma, pero debe resolver la petición cautelar en un tiempo escaso.

3.4.3.3.4. Principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

El ALECr 2020 es el intento que más recorrido ha tenido por ahora en aras a instaurar un nuevo modelo de proceso penal, toda vez que ninguno de los anteriores textos prelegales tuvo siquiera entrada en el Parlamento para su eventual discusión y aprobación. En una primera aproximación la regulación de la oportunidad en el ALECr 2020 supone una simplificación y clarificación respecto a la actual y, sobre todo, un cambio de modelo en cuanto al órgano titular director de la investigación penal, puesto que esta pasa a ser una función del Ministerio Fiscal dotándole de una mayor capacidad sobre la suerte de la acción penal, y teniendo entrada en el proceso penal español una regulación expresa del principio de oportunidad penal con carácter general⁹⁴² potenciando su implementación a través de los mecanismos de conformidad y de mediación penal.

En realidad, el ALECr 2020 ha querido positivizar la realidad de la justicia negociada y la mediación penal, ambas practicadas en la justicia penal con asiduidad (especialmente la primera), y solucionar así algunos problemas relativos a ambos institutos dando entrada al principio de oportunidad de forma plena.

En el ALECr 2020 la terminación, por razones de oportunidad, se regula en los arts. 174-180, que, frente a la regulación actual mínima y reducida tan solo al ámbito de los delitos leves (arts. 962 y ss LECr) resulta un avance significativo. El ALECr 2020 contempla cuatro supuestos de archivo por oportunidad, siendo uno de ellos, propiamente, de suspensión. Los supuestos que se describen, a continuación, suponen un avance muy notable respecto a las capacidades actuales del Ministerio Fiscal en orden a archivar o suspender procedimientos. En el marco vigente, el margen del Ministerio Fiscal para estas facultades se circunscribe a los delitos leves (art. 963.1.1º LECr), y al tipo del art. 579 bis 3 CP.⁹⁴³

⁹⁴² Un comentario perspicaz sobre un problema que podría generar la atribución del ejercicio de la oportunidad penal al Ministerio Fiscal, lo hace CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las paradojas del mal llamado principio de oportunidad en el proceso penal (1)”, *Revista La Ley Penal*, n. 1903/2013, al llamar la atención sobre el hecho de que, dada la sobrecarga de trabajo de los fiscales, van a sentirse impelidos, quizá inconscientemente, a no incoar muchos asuntos. La introducción decidida del principio de oportunidad en el ALECr 2020 se debe según ALISTE SANTOS, TOMÁS JESÚS, “La oportunidad como emblema del cambio de paradigma de la justicia española”, AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa, op.cit.*, (II parte, Cap.I) a la importación del modelo del *common law* anglosajón, lo cual puede traer no pocos problemas como razona en el citado trabajo. La entrada con carácter general de este principio en el proceso penal español es examinada por CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las paradojas del mal llamado principio de oportunidad en el proceso penal”, *La Ley penal*, núm. 103/2013, reflexionando en el mismo sobre aquella posibilidad, concluyendo que solo sería compatible si se entiende oportunidad como la potestad de los órganos de la acusación, o de la jurisdicción, de sustituir o conmutar unas penas más severas por otras más benignas, siempre de forma tasada y en el marco de la legalidad.

⁹⁴³ Añadido en la LO 1/2009, de 20 febrero para transposición de Directivas de la UE en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. El art. 579 bis 3 CP se refiere a delitos de terrorismo en que el infractor que haya abandonado dicha actividad y colabore con las autoridades para impedir la producción del delito o a obtener pruebas relevantes, facultando al juez o tribunal a imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley.

3.4.3.3.5. Tratamiento de la conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

En lo relativo al instituto de la conformidad el ALECr 20 supone un avance muy significativo respecto al anterior BCPP 2013, por cuanto que reduce las múltiples formas que contemplaba éste en sus arts. 164 a 173, clarifica y simplifica su aplicación.⁹⁴⁴

Las novedades que aporta el ALECr 2020 son, resumidamente, las que a continuación se tratan. En primer lugar, se extiende el ámbito objetivo para la aplicación de la conformidad a cualquier tipo de delito y pena, desechando el criterio de la gravedad.⁹⁴⁵ Como ya se ha señalado, se ha seguido un criterio realista, recogiendo en la ley procesal lo que era ya una práctica habitual en todo tipo de delitos para el que no existía una prohibición expresa. Así, es uso ordinario en las Secciones penales de las Audiencias Provinciales que se obtengan a conformidades encubiertas,⁹⁴⁶ negociadas antes de la vista oral, mediante el subterfugio de renunciar a toda la prueba en el acto de juicio, salvo la confesión del encausado que en el acto se conforma con la pena que el fiscal y las acusaciones, en su caso, modifican previamente, y ello a pesar de la jurisprudencia que ha criticado esta práctica.

Seguidamente, determina un órgano judicial específico para controlar la legalidad de las conformidades, el Juez de la Conformidad. La creación de este órgano judicial tiene el propósito de corregir un abuso o mala práctica judicial frecuente. El juez sentenciador, desbordado casi siempre por señalamientos y asuntos pendientes, muchas veces fuerza o trata de persuadir en algún modo a las partes para que alcancen un acuerdo, terminando el pleito con una sencilla sentencia de conformidad frente a una ardua vista oral y la consiguiente redacción de la resolución.

Finalmente, aporta la novedad de proscribir la posibilidad de que en caso de coautoría o conexidad delictiva se llegue a conformidades con unos encausados, y con otros no. De esta manera se precisa el asentimiento de todos aquellos para alcanzar el acuerdo. La

⁹⁴⁴ La profesora CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL, “El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: acusación popular y justicia restaurativa”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, op.cit., pp. 115-123, se centra en este estudio en el procedimiento contemplado en el citado texto prelegal. En la misma obra, ahondando además de en el procedimiento en aspectos más generales GIBBERT POMATA, MARTA, “La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, op.cit., pp. 218-231.

⁹⁴⁵ Esta ausencia de límite penológico es criticada por ARANGÜENA FANEGO, CORAL, “Conformidad, víctima y reforma procesal penal: un breve apunte de algunas mejoras necesarias”, AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa*, op.cit., (Cap. II, apdo. 4). El autor entiende que, por muy pragmático que resulte y más que se amolde a la realidad ya existente, esta extensión “da la vuelta” a principios básicos del proceso penal, como el de legalidad, o aquellos que integran el núcleo de derechos procesales. Sin embargo, las cautelas que, para conformidades de más de cinco años de privación de libertad, aparecen previstas en el art.785.4 ALECr 2020, suponen, sostiene, un contrapeso para el acusado.

⁹⁴⁶ Son escasos los pronunciamientos del TS que hayan tratado de poner coto a dicha práctica, siendo ejemplo de ello la STS 4663/2016, de 27 de octubre de 2017, (ECLI:ES:TS:2016:4663) que reproducía lo recogido en la STS 291/2016, de 7 de abril: “(...) En consecuencia es claro que nos encontramos ante una sentencia de conformidad, que podríamos calificar de conformidad “encubierta” por la confesión del reo, previamente concertada, practicada en un aparente juicio oral. Sentencia de conformidad dictada *contra legem* en un supuesto no permitido por la ley, por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad, lo que determina la nulidad de la sentencia y del juicio por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías”.

jurisprudencia⁹⁴⁷ había puesto el foco en las distorsiones procesales y vulneración de derechos que podía producirse en estos casos y el ALECr 2020 trata de evitar la distinta penalidad en función de la admisión o no de los hechos.

3.4.3.3.6. Regulación de la justicia restaurativa, la mediación penal en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

El ALECr 2020 sigue en esta modalidad de justicia restaurativa el mismo esquema del art. 19 LORPM, único modelo positivizado en el ordenamiento jurídico español al respecto. En el modelo diseñado por el ALECr 2020, recogido entre los artículos 181-185, el Ministerio Fiscal ostenta un papel de primer orden en la mediación penal, que queda configurada en torno a los principios de la justicia restaurativa y respetando sus características de voluntariedad, gratuidad, oficialidad, confidencialidad, consentimiento informado, y posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento.⁹⁴⁸

La relevancia del Ministerio Fiscal en este procedimiento se revela en el protagonismo que ostenta para derivar el caso a mediación penal en base a las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, bien sea de oficio o a instancia de parte. Se establece un plazo máximo de tres meses para sustanciar el procedimiento restaurativo, e, incluso, cabe en la fase de ejecución, ya que se prevé que también el Juez pueda acordarlo entonces, aunque en tal caso deberá previamente oír al fiscal.

El procedimiento puede terminar con acuerdo de las partes o sin él (bien terminando en desacuerdo, bien por abandono del mismo en cualquier momento). En este segundo caso el procedimiento penal se reanuda y sigue su curso. En el primer supuesto, sin embargo, se ofrecen diversas terminaciones del procedimiento: cabe la posibilidad de archivo del caso por oportunidad, o proceder de acuerdo con las reglas de la conformidad y dictar una sentencia con una penalidad premiada.

También cabe aplicar este mecanismo de justicia restaurativa en el momento del juicio oral cuando todas las partes lo soliciten, siguiendo para su práctica los trámites del art. 182 y terminando el proceso en una sentencia que contemple la atenuante de reparación. En cuanto a la prescripción se establece su interrupción tan solo para el caso de los delitos leves; téngase en cuenta el breve plazo de prescripción que dichas infracciones tienen y la posibilidad de usos torticeros de la mediación para que aquélla se produjese cuando no existe una clara voluntad de negociación y acuerdo.

Aunque el balance general de la nueva regulación en torno a la mediación penal es positivo, tanto por su positivización, como por las posibilidades que ofrece esta herramienta, se echa en falta una definición expresa del ámbito de aplicación del mismo, en función de los bienes jurídicos lesionados y de la gravedad de los delitos. En principio, la única prohibición expresa es la relativa a delitos de violencia de género (art. 44.5 LO1/2004 y art. 87 ter 5 LOPJ).

⁹⁴⁷ Ver la jurisprudencia al respecto alojada en la nota núm. 662 a pie de la página núm. 392.

⁹⁴⁸ Para ROIG TORRES, MARGARITA, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24/2022, el planteamiento de la justicia restaurativa que hace el ALECr 2020 más bien se centra en la mediación que extenderse hacia otras técnicas. Un planteamiento que coincide con el ALECr 2011, por otra parte.

Sobre el resto de los delitos, la derivación queda a criterio del fiscal en función a las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima. Habría sido deseable fijarlo con más exactitud o, cuando menos, determinar una serie de criterios orientativos para ponderar la decisión.

3.4.3.3.7. Cuestión discutida. Conformidad en supuestos de violencia de género.

Llegados a este punto, entendemos que procede hacer una breve reflexión en torno a una materia fuertemente controvertida que, aunque desde el plano positivo no deja lugar a dudas dada su taxativa prohibición, en la doctrina⁹⁴⁹ ha encontrado posturas encontradas. El art. 87 ter.1 e) LOPJ cita entre las funciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley, mientras que, sin embargo, la mediación en casos de violencia de género, se encuentra vedada según el mismo artículo en su punto quinto. Correlativamente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, admite igualmente la conformidad en los juicios penales, siendo competente para el enjuiciamiento el Juzgado de Violencia contra la mujer y para el dictado de conformidad (art. 801 LECr).

La mediación, por el contrario, está prohibida, tanto para materia penal, como civil, cuando se refiere a la violencia de género, según taxativamente expone el art. 87 ter 5 de la Ley 1/2004 “en todos estos casos -se refiere a los apartados anteriores que versan sobre competencia penal y civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer- está vedada la mediación” y, en igual sentido, se manifiesta el art. 2.2 LMACM, que excluye, en todo caso, de su ámbito de aplicación a la mediación penal. Una lectura de todos estos preceptos nos lleva a la conclusión, algo paradójica, de que en materia de violencia de género la mediación está prohibida pero no así la conformidad, que necesariamente supone escuchar a la víctima, es decir a la mujer, lo que en cierta medida puede suponer un acuerdo viciado que no expresaría su voluntad libre.

⁹⁴⁹ La polémica doctrinal sobre la conveniencia de la mediación en casos de violencia de género es grande. Existen multitud de trabajos al respecto y fluctúan desde posiciones de abierta negativa a otras más flexibles. Algunos trabajos sobre el problema: RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA, “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución penal, *La Ley Penal*, núm. 130/2018; SALVADOR CONCEPCIÓN, ROSA, “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley Penal*, núm. 112/2015; CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, núm. 7/2011; ELIAS SALAMANCA, ELENA, “Mediación penal en violencia de género”, AAVV, (Dir. MARTÍN RÍOS, PILAR, PÉREZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES), *Edición de actas del I Congreso Internacional La Administración de Justicia en España y en América*, Astigi, Sevilla 2020, pp. 167-182. Indagando sobre las razones de la exclusión de la mediación en este tipo de delitos, MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, “El proceso penal, mediación y la violencia de género: ¿hacia un nuevo modelo de justicia penal?”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, op.cit., pp. 394-398, observa en primer lugar que, en los años de la aprobación de la ley 1/2004, la concienciación de los miembros de la Judicatura sobre el problema de la violencia de género era escasa, considerándola un asunto privado a solucionar entre la pareja, no una cuestión de orden público. Centrándose ya en la cuestión medular del asunto, estima la autora que los dos bienes que entran en conflicto son la voluntad del Estado en mantener el orden público, en términos respetuosos con el principio de igualdad, y la voluntad de la víctima en ejercitar su autonomía personal: en otras palabras, ¿protección del orden público contra la voluntad de la víctima?. A juicio de MARTÍNEZ GARCÍA, no hay una respuesta categórica. Dependerá, opina, del grado de interiorización de la mujer sobre el principio de igualdad, una cuestión sumamente compleja, pero que abriría la puerta a una eventual mediación donde tal desigualdad no existiera. Las respuestas a este fenómeno delictivo no son iguales en todos los ordenamientos jurídicos. Sobre ello investiga BELTRÁN MONTOLIU, ANA, “Justicia restaurativa y violencia de género: experiencias del derecho comparado”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, vol. I, op.cit.*, pp. 257-263, deteniéndose en Austria, Grecia y el ámbito anglosajón.

En oposición a la taxativa prohibición legal los delitos de violencia doméstica son, sin embargo, en algunos casos, un tipo de infracción muy adecuado para ser resueltos por la mediación.⁹⁵⁰ Hay que considerar que, dada la existencia de fuertes vínculos previos, es frecuente que la denunciante renuncie al ejercicio de la acción penal tras un primer momento de ofuscamiento, cuando considera los perjuicios de seguir con el proceso penal, o bien se acoja a su derecho a no declarar,⁹⁵¹ siendo absuelto el encausado por falta de prueba. Incluso, si el proceso termina con una condena, el problema subyacente puede agravarse. En este contexto, donde en muchas ocasiones lo esencial es solucionar mediante un procedimiento participativo el fondo del problema de relación, la mediación se presenta como una vía especialmente adecuada.⁹⁵²

3.4.3.3.8. Terminación por razones de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, artículos 174-180.

El modelo seguido para la positivización del principio de oportunidad penal reglado es aquel que se estableció para el vigente procedimiento para delitos leves en la reforma operada por la LO 1/2015, de modificación del CP, que establece una serie de requisitos para su aplicación que han servido de pauta al texto prelegal.⁹⁵³

⁹⁵⁰ Se muestra contrario a la prohibición GIMENO SENDRA, VICENTE *La simplificación de la justicia penal y civil, op.cit.*, p. 47, sugiriendo que debería revisarse y anularse la interdicción, puesto que entiende que no puede fijarse un criterio apriorístico sino que deberían ser los jueces quienes distinguiesen dónde existe una auténtica relación de dominación, que excluiría la posibilidad de mediación, y dónde no, haciendo posible una solución amistosa y evitando problemas habituales en este tipo de delitos como las retracciones de las víctimas, o la prisión del infractor que acarrea impago de alimentos, entre otras. En sentido radicalmente contrario, opina a favor de la prohibición radical DEL POZO PÉREZ, MARTA, “¿Es adecuada la prohibición de la mediación del art. 44.5 de la ley Orgánica 1/2004?”, AAVV, (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal, op.cit.*, pp. 283-324, que, a pesar de diferenciar la violencia de género identificada con aquella de origen “estructural” del varón sobre la mujer (tal como ha sido concebida legalmente), de la que tiene lugar en otros ámbitos relacionales, ahonda en las razones para sostener tal interdicción. La autora, muy dogmáticamente a nuestro parecer, esboza una serie de razones expeditivas; así, niega la posibilidad de arrepentimiento que considera, siempre, una estrategia del infractor, entiende que este tipo de delitos nunca son un caso esporádico, sino que siempre responde a violencia estructural justificándolo con esquemas relacionales teórico-ideológicos. Posteriormente, profundiza en los argumentos que se centran fundamentalmente en la desigualdad de las partes, intrínseca en los delitos de violencia de género y, por consiguiente, anuladores del requisito básico de paridad de la mediación penal. De las mismas premisas relativas a la violencia estructural y de ciertos estudios sobre el fenómeno, seguidamente, concluye en la falta de voluntariedad de la víctima, es decir, parece desprenderse de su razonamiento, no puede existir voluntad libre bajo ningún concepto: finalmente justifica la prohibición aludiendo al posible efecto criminógeno por las retiradas de denuncias favorecidas por una eventual mediación o favorecer el enquistamiento de la situación que ha generado el delito. En base a la falta de igualdad entre las partes se manifiesta en contra también, ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 59 y ss. En el ámbito de menores, sin embargo, GRANDE SEARA, PABLO, PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER, *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, Tirant-Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 151-152, es aplicable la mediación en este tipo de delitos, aduciendo que la LORPM que no prohíbe tal práctica. Ahora bien, matizan, si se observa una situación de desigualdad entre infractor y víctima, habrá que optar por otro tipo de solución extrajudicial. Observa ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?”, *op.cit.*, que, incoherentemente, además de en los delitos de violencia de género, la situación de vulnerabilidad se da en otros en que no existe la prohibición, como tampoco existe, en general, en los textos supranacionales que tratan la materia.

⁹⁵¹ Art. 416 LECr con una interpretación jurisprudencial fluctuante en los últimos años.

⁹⁵² En este sentido se manifiesta la magistrada CAAVEIRO AMENEIRO, PURA, “La mediación penal y la justicia restaurativa: un nuevo modelo de justicia”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. marzo/2021, al contemplar supuestos puntuales y aislados de violencia de género de baja intensidad en los que los expertos no detecten situación de desigualdad, en los que se pregunta si no sería más eficaz centrarse en la solución del conflicto y la satisfacción de los intereses de las partes, considerando además que las sanciones penales no parece que se estén mostrando eficaces para erradicar estos delitos y que el legislador no ha prohibido otras técnicas restaurativas al respecto salvo la mediación.

⁹⁵³ Las disfunciones que podría originar el modelo de procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea son estudiadas por la profesora VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA, “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del

El art. 174 ALECr 2020 encabeza el Capítulo II (referente a la terminación por razones de oportunidad) del Título IV (Las formas especiales de terminación del proceso penal) del Libro I (Disposiciones generales), tratando sobre las reglas generales de su aplicación, que operarán cuando concurra el prerequisite para ello, es decir, cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento (art.174.1 ALECr 2020). Naturalmente, la aplicación del principio de oportunidad presupone que existe la posibilidad de ejercitar la acción penal. La determinación de las causas corresponde en exclusiva al fiscal encargado del expediente (art. 174.2 ALECr 2020), previéndose que la persona investigada en ningún caso tiene derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad (174.4 ALECr 2020). Para garantizar la unidad de acción del Ministerio Fiscal, prevé el mismo párrafo los habituales mecanismos de Circulares e Instrucciones al respecto en aras a asegurar la igualdad de trato mediante la unidad de criterio. El control del ejercicio de esta prerrogativa corresponde al órgano judicial.

El siguiente artículo, 175 ALECr 2020 fija el ámbito penológico objetivo de los delitos susceptibles de aplicación del principio de oportunidad, siendo el de penas privativas de libertad no superiores a dos años, multa en cualquier extensión, y privación de derechos que no exceda de diez años. Se pone de manifiesto, así, la previsión de un importante abanico de hechos delictivos con una penalidad importante. Ello, combinado con la amplitud de las condiciones que a continuación se expondrán, podría traducirse en una notable aplicación de este principio, especialmente si se considera que según el art. 176 ALECr 2020 el límite, mediando las circunstancias que se expresarán, podría elevarse hasta penas privativas de libertad de cinco años. Los requisitos que el artículo desgrana a continuación para dar vía libre a su aplicación son los siguientes: “Incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en las que esta se produjo”. El Informe del Consejo Fiscal realiza al respecto de esta redacción alguna consideración terminológica entendiendo que la dicción más acorde con la tradición jurídica española no hubiese sido “incidencia sobre el hecho punible”, sino “menor entidad del hecho”, y, más de fondo, matiza que las circunstancias en que el hecho se produjo han de entenderse de modo objetivo, ya que las subjetivas se encuentran tratadas en otro apartado.

Como segundo requisito se exige la culpabilidad mínima del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública. Aquella ha de entenderse en el sentido objetivo penológico como la imposición de una eventual sanción penal en su grado mínimo, en cualquier caso, se trata de un concepto jurídico indeterminado que deberá ir perfilando la jurisprudencia. Nuevamente, el Consejo Fiscal sugiere en relación al término “utilidad pública” una corrección terminológica, sugiriendo que se debería hacer referencia a la no consecución de los fines de la pena, en particular la resocialización.⁹⁵⁴

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, núm. 4/2021.

⁹⁵⁴ El profesor BETEGON CARRILLO, JERONIMO, *La justificación del castigo*, Centro estudios constitucionales, Madrid 1992, p. 120, al tratar este fin de la pena recogía la frase de SCHOPENHAUER al respecto “Toda retribución de un mal con la inflicción de dolor que no repare en consecuencias futuras, es pura venganza, por cuanto no asume otro fin que calmar el dolor sufrido con la contemplación del dolor ajeno, inferido por nosotros, lo cual es moralmente injustificable”.

Finalmente, es preciso que la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena. El concepto, se corresponde al elaborado por la doctrina⁹⁵⁵ y denominado *poena naturalis*, pena natural, que se puede definir como el “daño o sufrimiento que recae sobre el autor de un delito, producto de la comisión del mismo, que debe ser descontado de la pena legal que ha de aplicársele”.⁹⁵⁶

De la dicción literal del artículo comentado parece desprenderse que los requisitos son acumulativos, pero deberían interpretarse como alternativos para facilitar su aplicación y para que entiendan más consecuentemente con el principio de oportunidad identificado en el artículo precedente con la no necesidad de la pena o con la inconveniencia de su aplicación para conseguir los fines de prevención.

Como correlato negativo de la concurrencia de los anteriores requisitos, el párrafo segundo del citado artículo comentado ofrece el listado de supuestos en que no cabrá la aplicación del principio de oportunidad.⁹⁵⁷ El primero de estos requisitos es similar al contemplado en el art. 18 LORPM, ya que éste también prevé la imposibilidad de aplicar el desistimiento de la incoación del expediente de menores en casos de mediar violencia o intimidación, tal como ocurre con las excepciones enunciadas en este precepto.⁹⁵⁸

El segundo de estos supuestos, en que no cabe aplicación de la oportunidad, la reincidencia, se justifica por el enunciado del art. 174.1 ALECr 2020. Este artículo propugna los fines de la prevención, resultando evidente que una reiteración delictiva frustra éstos. No obstante, el texto no hace referencia alguna a si se tomarán en cuenta los antecedentes penales cancelados o susceptibles de serlo (art. 136 CP). La lectura más acorde con el espíritu de la cancelación, que, en fondo, encuentra su razón de ser en la necesidad de reinserción social del penado (art. 25.2 CE), conduce a pensar que no deberían ser tenidos en cuenta. Repárese en que la normativa europea sobre la materia⁹⁵⁹ exige una simplificación de los trámites para la

⁹⁵⁵ BUSTOS RUBIO, MIGUEL, “El reflejo de la *poena naturalis* en la *poena forensis*. Posibilidad en Derecho Penal español”, *Teoría y Derecho, revista de pensamiento jurídico*, núm. 19/2016, estudia la forma en que este principio puede tener incidencia en el proceso penal, bien sea por justificar la no punibilidad; bien por la atenuación de la pena. El principio está íntimamente relacionado con las dilaciones indebidas. Desde ese prisma lo examina la STC 124/1999, de 28 de junio, FJ 2º, en que señala que aquella puede constituir una suerte de *poena naturalis*.

⁹⁵⁶ Esta definición es ofrecida por FRANCISCO SERRANO, MANUEL. Tesis de maestría en Filosofía Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes.
https://ridaa.unq.edu.ar/bitstream/handle/20.500.11807/2972/TM_2021_serrano_003.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁹⁵⁷ Tratándose de los siguientes supuestos: a) en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación, b) el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta, c) la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de uno de los supuestos de oportunidad establecidos en este capítulo, d) la víctima sea menor de trece años.

⁹⁵⁸ Reincidencia, y poca relevancia de las infracciones cometidas refiriéndose a delitos menos graves y a las extintas faltas.

⁹⁵⁹ Decisión Marco 2008/315/JAI, sobre organización y contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los estados miembros y Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS).

cancelación de antecedentes penales atendiendo a dicho objetivo, tal como, además, han previsto los ALECr 2011 y el BCPP 2013.⁹⁶⁰

El apartado tercero del art. 175 ALECr 2020 recoge la prohibición vigente relativa a la imposibilidad de mediación en los delitos de violencia de género añadiendo los delitos de corrupción, a los que no será de aplicación, en ningún caso, el archivo por razones de oportunidad. En relación a él el Consejo Fiscal sugiere una redacción gramatical y conceptualmente más correcta, refiriéndose simplemente al uso anterior del principio de oportunidad. Aunque nada dice el artículo, la aplicación de esta prohibición precisará de un registro de archivos por aplicación de este principio. La inclusión de esta prohibición sigue el criterio de política criminal actualmente vigente. Por otra parte, se echa de menos una definición mayor de a qué delitos se refiere en los relacionados con la corrupción al usar un concepto jurídico indeterminado que se presta a varias interpretaciones. El art. 175.4 ALECr 2020 contempla la facultad de la parte perjudicada de acudir a la jurisdicción competente para conseguir la indemnización en los casos que se haya archivado el expediente por razones de oportunidad.

El artículo anterior, puesto en relación con el 180 ALECr 2020, que trata de la impugnación por incumplimiento de los elementos reglados, y en concreto con el apartado primero del mismo⁹⁶¹, conduce a la conclusión de que el ofendido o perjudicado por el delito no podrá impugnar por la vía de este artículo los decretos de sobreseimiento del fiscal que tomen de base el art. 175 ALECr 2020⁹⁶² tal como parece colegirse de la lectura de aquel artículo. No obstante, surge una oscuridad al respecto: el art. 180.2.b) ALECr 2020 enumera los elementos susceptibles de control judicial, y entre ellos, “Los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 175 (limitaciones al ejercicio de la oportunidad) y en los mismos apartados del artículo 176 de esta ley (requisitos para su ejercicio)”. Resumidamente: son susceptibles de control todos los elementos, se refieran a limitaciones o a requisitos del ejercicio de la oportunidad. Ciertamente, no podría ser de otra manera. Pensemos en un decreto del fiscal acordando el sobreseimiento de un delito en que, contra su criterio, realmente haya existido violencia o intimidación. Sin posibilidad de revisión del decreto por el juez de garantías se vulneraría la tutela judicial debida a la víctima.

El procedimiento será reabierto por el fiscal en caso de que antes de expirar el tiempo de la prescripción el infractor volviera a delinquir (art. 175.5 ALECr 2020). La frase del párrafo “(...) la persona encausada cometiera un nuevo delito” plantea la duda de si se refiere al momento de la incoación de un nuevo procedimiento por el nuevo hecho delictivo, o al de la sentencia firme por el mismo. Tampoco queda claro cómo abordar la infracción penal en que existe coautoría, particularmente, en el supuesto del art. 662 ALECr, que regula la declaración

⁹⁶⁰ Sobre este particular se expresa PÉREZ FERRER, FÁTIMA, “La extinción de la responsabilidad criminal; prescripción de los delitos y las penas y cancelación de antecedentes penales”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, op.cit., pp. 309-331.

⁹⁶¹ Que dice: “Las personas ofendidas y perjudicadas por el delito y las acusaciones personadas podrán impugnar ante el Juez de Garantías los decretos del fiscal dictados en los supuestos de los artículos 176, 177 y 179 de esta ley cuando entiendan que no se han respetado los elementos reglados que facultan al fiscal para aplicar el principio de oportunidad”.

⁹⁶² Aunque se refiere a este artículo con la expresión “esta modalidad de archivo.”

del testigo encausado o ya enjuiciado, a quienes se advertirá de la previsión del art. 674 ALECr 2020, no aclarando por tanto si les acogerá esta garantía.⁹⁶³

El art. 176 ALECr 2020 se ocupa de la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. En este caso el ámbito penológico que contempla el artículo es verdaderamente amplio, ya que lo fija en cinco años de pena de prisión, o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza. Para ello, se exige la concurrencia de los requisitos y prohibiciones del artículo anterior,⁹⁶⁴ e impone una serie de obligaciones o reglas de conducta a la persona encausada, que se enumeran en los diez apartados siguientes.⁹⁶⁵ No en todos los supuestos será precisa el consentimiento del infractor, según su propia naturaleza, y, en cualquier caso, el imputado no está legitimado para recurrir el decreto según sostiene el Consejo Fiscal, lo cual resulta discutible.

Algunas de estas obligaciones o reglas de conducta merecen una reflexión particular. El enunciado en la letra a) (“indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada”) peca de cierta indeterminación, al no establecer ningún criterio cuantitativo. Aunque no lo indica, resulta lógico considerar que sea el fiscal quien fije la indemnización a satisfacer. En el caso del apartado b) (“dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que éste considere adecuada y suficiente”), resulta obvio que, al margen del visto bueno del fiscal, la voluntad de la víctima sea determinante. El que recoge la letra c) (“entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias”) constituye una novedad en el Derecho español con precedentes en otros ordenamientos. Ciertamente, no se concretan criterios para la aplicación de este precepto, pero cabe pensar, *prima facie*, en la culpabilidad del infractor, su capacidad económica, el tipo de delito cometido, y otros de diversa naturaleza.

Las reglas de conducta u obligaciones pueden ser también usadas para la suspensión de la ejecución de la pena variando en tal caso el término sobre el que se dirige la efectividad de la condición que deja de ser el archivo del expediente por el del cumplimiento de la pena. En este

⁹⁶³ El art. 662 ALECr 20220 contempla es supuesto de testigos que ya hayan sido encausados o estén siéndolo por delitos conexos con el procedimiento en cuestión; el artículo dispone que podrán estar asistidos de letrado y que se les advertirá del contenido del art. 674 ALECr 2020. Éste trata la información previa a dispensar al acusado cuando sea llamado a declarar por solicitud de su defensa, en síntesis, su derecho a guardar silencio, no contestar a las preguntas que considere, y la advertencia de que el falso testimonio podría tener consecuencias penales. El problema que puede suscitar en este caso la coautoría de esta persona en relación con lo prevenido en el art. 175.5 ALECr 2020, no queda pues aclarado.

⁹⁶⁴ Aunque el artículo habla sólo de los requisitos.

⁹⁶⁵ a) Indemnizar al ofendido o perjudicado en la forma y cantidad que haya sido determinada.

b) Dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente.

c) Entregar al Estado o a instituciones públicas o privadas homologadas la cantidad que haya sido fijada para que sea destinada a obras sociales o comunitarias.

d) No acudir a determinados lugares.

e) No aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el decreto del fiscal, o no comunicarse con ellos.

f) No ausentarse del lugar donde resida.

g) Comparecer personalmente en la fiscalía, o en el servicio de la Administración que se señale al efecto, para informar de sus actividades y justificarlas.

h) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares.

i) Someterse a tratamiento de deshabitación en centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, sin abandonar el mismo hasta su finalización.

j) Cumplir los demás deberes que el fiscal estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona

punto cabe plantearse nuevamente la posible afectación al principio de presunción de inocencia, en tanto que tras la eventual reanudación del procedimiento el haberse suspendido sujeto a condición podría generar dudas al respecto.

En todo caso, las reglas de conducta que se impongan al imputado deben guardar un nexo lógico con el delito cometido, respetar el principio de proporcionalidad y no olvidar que también las reglas de conducta u obligaciones tienen como objetivo lograr la resocialización y reinserción del infractor.

El art. 176.2 ALECr 2020 exige como requisitos indefectibles para acordar la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad condicionarlo al reconocimiento de los hechos por parte del infractor, su compromiso a cumplir las reglas que se le impongan y la aquiescencia de la víctima.⁹⁶⁶

El primero de los requisitos es el reconocimiento de la comisión de los hechos por parte del infractor en la forma que dispone el art. 322 ALECr 2020. Este precepto, sucintamente, relata la manera en que el investigado debe reconocer los hechos: cuando manifieste esa voluntad, debe comparecer ante el juez de garantías con su letrado para que la reitere “en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba”. Este artículo en su apartado tercero, previene la posibilidad de que el investigado solicite que se dicte sentencia de conformidad, pero no, sin embargo, la de que se acuda al archivo por oportunidad.

El requisito de la conformidad de la persona ofendida o perjudicada, podría en muchos casos frustrar la aplicación del principio de oportunidad de esta modalidad, pero en la medida que supone un reconocimiento a los derechos de la víctima, debe ser contemplada como una opción legislativa justa. En aquellos delitos donde no existan víctimas concretas nada obsta para la aplicación del artículo estudiado, si bien en tal caso en el asunto solo concurrirán el Ministerio Fiscal y el inculpado y su representación letrada, por lo que, en la práctica, la mecánica de su actuación se asemejará más a la de la negociación de una conformidad en que el objeto de discusión no será la cuantía de la pena sino la regla de conducta u obligación de conducta a imponer.

El art. 176.3 ALECr 2020 fija el plazo de la condición en dos años condicionada a no volver a delinquir en ese tiempo, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del delito. El siguiente apartado fija la duración del plazo para el cumplimiento de las obligaciones o reglas de conducta, que será variable según las circunstancias de la persona encausada, con el tope antedicho de dos años. Las reglas de conducta serán, obviamente, vigiladas.⁹⁶⁷

⁹⁶⁶ La suspensión, según el art. 174.2 ALECr 2020 queda supeditada : “al cumplimiento por la persona encausada de una o varias de las obligaciones que enumera a continuación; a) que la persona investigada haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos punibles en la forma prevista en el artículo 322 de esta ley, b) que se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta establecidas en el plazo fijado al efecto, y c) que la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada.”

⁹⁶⁷ El art. 176.5 ALECr 2020 dispone al respecto “para el seguimiento y vigilancia de las obligaciones y reglas de conducta establecidas, el fiscal, sin perjuicio de dictar las órdenes o instrucciones pertinentes a la Policía Judicial, podrá recabar el apoyo necesario de los servicios sociales y de las autoridades administrativas.”

En cierto modo, y aunque su naturaleza jurídica es diversa, las reglas de conducta guardan semejanza con la medida de seguridad denominada libertad vigilada, introducida en el CP por medio de la LO 5/10⁹⁶⁸ y que se puede imponer cuando la víctima es alguna de las enumeradas en el art. 173.2 CP⁹⁶⁹ consistente en la imposición de alguna prohibición, obligación o regla de conducta.

El apartado siguiente (art. 176.6 ALECr 2020), se ocupa de los efectos del cumplimiento de las reglas de conducta o prohibiciones: el archivo del procedimiento, con efecto de cosa juzgada, que acordará el Juez de garantías a petición del Ministerio Fiscal, previa audiencia de la víctima del delito. Se plantea así la paradoja de que un delito con un plazo de prescripción más largo que el del cumplimiento de estos requisitos tendría la consideración de cosa juzgada cuando aquél no hubiese todavía transcurrido. La condición de escuchar en audiencia pública a la víctima del delito no parece tener mucho sentido cuando ya hubo de mostrar su conformidad con la suspensión del procedimiento, al margen de que un nuevo contacto con el procedimiento pudiera suponerle revivir el delito con un riesgo, evitable, de revictimización.

Tampoco distingue el artículo entre diversos tipos de incumplimiento no mencionando el leve o moderado. Para atemperar mejor la respuesta cuando no se lleva a efecto la prohibición o regla de conducta de forma correcta, sería más oportuno alargar el tiempo de la suspensión en lugar de la respuesta tajante de considerarlo incumplido. Por último, el art. 176.7 ALECr 2020 contempla el supuesto de incumplimiento de la regla o condición, que acarrearía retomar la tramitación el procedimiento; para ello el fiscal deberá solicitarlo al Juez de garantías que será quien reabra aquél. Haber encomendado esta reapertura a éste y no al fiscal, parece no corresponderse con el diseño de investigación penal dirigida por esta institución.

Terminada la fase de investigación, el Anteproyecto contempla la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en la fase intermedia, en la forma de sobreseimiento y archivo si lo solicitan todas las partes personadas (art. 177 ALECr 2020). Para ello, el juez de la Audiencia Preliminar tendrá que observar que se cumplan los mismos requisitos que en los artículos anteriores, estableciendo las mismas condiciones, pero en este caso, añade el artículo, la vigilancia de su cumplimiento recaerá en el juez. Las consecuencias de su incumplimiento serán igualmente la reapertura del procedimiento y la imposibilidad de beneficiarse nuevamente de este mecanismo (art. 177.3 ALECr 2020).

Los siguientes dos artículos se ocupan de dos modalidades especiales de aplicación del principio de oportunidad. Así el 178 ALECr 2020 se refiere al archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal y el art. 179 ALECr 2020 trata del archivo por colaboración activa contra una organización criminal.

El primero de los artículos (archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal), aborda la facultad del fiscal para archivar un procedimiento cuando “su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a delitos de terrorismo o a las actividades de una organización criminal”. Se trata, pues, de una técnica para salvaguardar el buen fin de otra investigación que se considere

⁹⁶⁸ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, reformada por la LO 1/15, de 30 de marzo por la que se modifica el CP.

⁹⁶⁹ Cónyuges, análoga situación, convivientes y ciertos grados de parentesco.

de más relevancia, un empleo del principio de oportunidad que trasciende la infracción originaria, aunque, obviamente, conectada de alguna manera con aquella en tanto puede ponerla en peligro. El apartado segundo del artículo establece su carácter secreto como resulta lógico para el buen fin de la investigación que se quiere preservar. Esta facultad del fiscal se encuentra, sin embargo, supeditada a la aprobación del Juez de Garantías que, además de poder recabar del fiscal informes periódicos sobre la necesidad de mantener la situación de archivo, podrá revocarla en cualquier momento (178.4 ALECr 2020), si bien en tanto esto no ocurra surtirá plenos efectos. La medida finalizará cuando desaparezca el riesgo, y, en todo caso, cuando el secreto se haya alzado, que solicitará al juez de garantías el fiscal, y salvo que el delito haya prescrito, el procedimiento se reabrirá.

El ámbito penológico en que se mueve el artículo siguiente (179 ALECr 2020), archivo por colaboración activa contra una organización criminal para el archivo por razones de oportunidad, es el de los delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión, o de cualquier otra naturaleza, si se trata de un supuesto de colaboración activa contra una organización criminal.⁹⁷⁰ El artículo desgrana una serie de requisitos para que el fiscal pueda acordar este archivo ⁹⁷¹, sintetizables en el abandono voluntario de las actividades terroristas y su colaboración significativa y provechosa con las autoridades por parte del infractor. En el apartado segundo del artículo se condiciona, en todo caso, la facultad de archivo a que “la persona investigada haya satisfecho las responsabilidades civiles que directamente le alcancen o que acredite la imposibilidad de cumplirlas”. Se trata de un requisito de difícil materialización porque en la fase en que se produciría el archivo es sumamente improbable que la cuantía indemnizatoria pueda ser fijada, y más aun determinar si individualmente podría ser atribuible al investigado, y ello sin olvidar la extrema complejidad de las responsabilidades civiles consecuencia de delitos cometidos por organizaciones criminales, supuesto para el que está contemplada esta modalidad del principio de oportunidad. Otra condición que reclama el artículo, lógica y obvia, es que el archivo “quedará condicionado a que la persona investigada no frustre con su propia conducta la efectividad de la colaboración prestada y a que no reanude la actividad delictiva.”

⁹⁷⁰ Desde un enfoque de derecho comparado en relación con el principio de oportunidad en supuestos de colaboración con el Ministerio Fiscal en la lucha antiterrorista, GIMENO SENDRÁ, VICENTE, “El principio de legalidad y el Ministerio Fiscal”, *op.cit.*, describe la posibilidad en la legislación alemana (art. 153.e de la StPO) del archivo por aquellas razones, en casos en que, gracias a la confesión y delación del infractor, se logre el desmantelamiento de una organización terrorista. En el caso español, indica el antiguo magistrado del TS, el “premio” al colaborador viene por vía material, mediante la aplicación de excusas absolutorias o rebajas considerables de la pena a imponer: a su juicio la opción española (basada en el modelo italiano) no es la más oportuna desde el punto de vista de la economía procesal (ya que el proceso tiene que sustanciarse y llegar a sentencia) ni desde el punto de vista práctico (existe más riesgo de presiones, amenazas o coacciones sobre el colaborador de la Justicia) aplaudiendo, por consiguiente, la previsión del art. 91.4 del BCPP 2013 que estudia. El autor entiende incluso que dicha previsión debería ser extensible para delitos contra la corrupción política, como poderosa arma de política criminal de lucha contra tal lacra. No obstante, desde algún miembro de la propia carrera fiscal se ha criticado este excesivo margen de maniobra, MATEOS-RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, “Legalidad y oportunidad en la Justicia Penal: perspectivas de futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 36/2020. Puede consultarse sobre el sentido de esta medida de política criminal por ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, núm. 1/2017.

⁹⁷¹ Se trata de los siguientes: “a) la persona investigada haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado y haya colaborado activamente con ellas para impedir la producción del delito o b) coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otras personas responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.”

El último apartado dispone que transcurrido un plazo de cinco años sin que el infractor hubiese retomado su participación en la organización criminal, el fiscal podrá pedir al Juez el sobreseimiento con efecto de cosa juzgada. El análisis de este cuarto apartado del art. 179 ALECr 2020 permite concluir que el prelegislador, en una opción de política criminal, ha querido privilegiar la colaboración activa en la lucha contra las organizaciones criminales de forma resuelta. La concesión del efecto de cosa juzgada, si la comparamos con lo dispuesto en el art. 175.5 ALECr 2020, que exige para el archivo definitivo el trascurso del plazo de prescripción sin la comisión de un nuevo delito, pone de manifiesto el trato favorable por el que ha optado el prelegislador. Hay que tener en consideración que en este tipo de infracciones penales es frecuente que las prescripciones sean largas, más que el plazo señalado para la concesión del carácter de cosa juzgada. Se trata de una herramienta de lucha contra la criminalidad que en otros ordenamientos jurídicos se ha manifestado muy útil, y por tanto resulta positiva, si bien podría interferir la previsión del art. 376 CP ya que ambos preceptos, aunque tratan la figura del arrepentido, tienen consecuencias diferentes, más ventajosas para el infractor en el caso de la previsión del ALECr (ausencia de condena).

Cerrando el capítulo dedicado a la terminación por razones de oportunidad el art. 180 ALECr 2020 regula la impugnación por incumplimiento de los elementos reglados. Esta impugnación ante el Juez de Garantías la pueden ejercitar tan solo los ofendidos y perjudicados por el delito y las acusaciones personadas por violaciones de los elementos reglados que facultan al fiscal para el ejercicio del principio de oportunidad. Los actos recurribles son los decretos del fiscal dictados en los casos de los arts. 176, 177 y 179 ALECr 2020. No obstante, en el caso del art. 176.2.c ALECr 2020, suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, cabe recordar que el ofendido hubo de mostrar su conformidad con la suspensión y las reglas de conducta, lo que resulta paradójico. Por otra parte, el art. 177 ALECr 2020 reclama también la solicitud de todas las partes para aplicar el principio de oportunidad en la fase intermedia, motivo por el cual el informe del Consejo Fiscal entorno a esta alusión del art. 180 ALECr 2020 referida a los supuestos decretos del fiscal acordados en virtud del art. 177 ALECr 2020, manifiesta que es errónea por cuanto el fiscal no emite ningún decreto impugnabile.

El apartado segundo del artículo describe los elementos reglados susceptibles de recurso.⁹⁷² El concreto procedimiento para la impugnación se encuentra regulado en el art. 585 ALECr 2020 al que remite el art. 180.3 ALECr 2020. Dicho artículo, único que integra el Capítulo IV del Título V, determina el plazo de cinco días desde la notificación del decreto del fiscal para su impugnación. En el escrito deberán exponerse los motivos de la misma, acompañado de los documentos justificativos, en su caso, y tras los traslados al Ministerio Fiscal y partes personadas para que, en el plazo de cinco días, realicen alegaciones y presenten documentos, el juez resolverá dentro de los cinco días siguientes por auto contra el que no cabrá recurso alguno.

En lo tocante a la regulación del sobreseimiento, el ALECr 2020 distingue, a diferencia del actual sobreseimiento provisional y libre (arts. 637 y 641 LECr), dos tipos completamente nuevos: el acordado por el fiscal durante la investigación, o el acordado por el juez, con una importantísima diferencia entre ambos, cual es que el del fiscal permite la reapertura de la

⁹⁷² “a) Los límites de pena previstos en cada caso. b) Los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 175 y en los mismos apartados del artículo 176 de esta ley y c) El abandono de la actividad delictiva, la realidad de la colaboración exigida y la satisfacción de las responsabilidades civiles en el caso del artículo 179 de esta ley.”

investigación en los supuestos recogidos en el art. 590 ALECr 2020, en tanto que el acordado por el juez produce efectos de cosa juzgada según el art. 158.1 ALECr 2020.⁹⁷³ La facultad del juez para dictar el sobreseimiento se extiende también a la fase de investigación como así prevé el art. 555.1 ALECr 2020.⁹⁷⁴

También tras la celebración de la audiencia preliminar podrá el juez dictar el sobreseimiento, conforme a la previsión del art. 622 ALECr, bien cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho base de la imputación, aquel no fuera constitutivo de infracción penal, o ésta haya prescrito, o “cuando haya recaído una resolución con efectos de cosa juzgada”. Procede, además, cuando la acusación no esté suficientemente fundamentada, o cuando el retraso indebido de la primera comparecencia haya causado un perjuicio irreparable a la defensa, concluye el segundo párrafo del artículo.

Recapitulando, con este exigente sistema de sobreseimiento se pretende evitar lo que la EM llama “intención exploratoria” de la acción penal, de forma que quien ejerce la acusación tenga muy en cuenta que el fracaso de ésta conllevará el efecto de cosa juzgada al tener consecuencias siempre definitivas, y, por otra parte, permitirá al justiciable un mayor grado de certeza al no poder reproducirse en momento posterior la imputación.

La anterior previsión es una apuesta arriesgada por parte del ALECr 2020, pues limitar el derecho a castigar del Estado de una forma tan drástica, exige una reflexión profunda antes de su regulación, ya que, fuera de los supuestos de prescripción, nada debería impedir la persecución de las infracciones criminales ante la eventual aparición de nuevas pruebas incriminatorias. Este particular ha sido criticado por el Informe del Consejo Fiscal, que se refiere a los ejemplos expuestos en la EM para justificar esta opción legislativa, exponiendo que están incorrectamente citados, puesto que contienen lo contrario de lo que afirma el Anteproyecto. En concreto hace alusión a la Ordenanza alemana y al Estatuto de Roma, que contemplan, por el contrario, la posibilidad de reapertura del procedimiento ante la aparición de nuevas pruebas.

El actual art. 637 LECr regula los supuestos en que procede el sobreseimiento libre⁹⁷⁵, y no debería alterarse este régimen por cuanto ello podría suponer una severa limitación al derecho del Estado a perseguir la actividad criminal, y por ende, la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE). Esta posibilidad de sobreseimiento alcanza su mayor nivel de perturbación para tal propósito, precisamente en la fase preprocesal de investigación encomendada al fiscal. En efecto, la radical sanción de sobreseimiento en esta fase no hace sino aumentar a tal extremo la diligencia en la investigación por temor a su archivo, que el carácter sobredimensionado de esta fase (que el Anteproyecto dice combatir) no hará sino incrementarse.

⁹⁷³ El art. 158.1 ALECr 2020 determina “en el proceso penal tendrán efecto de cosa juzgada, una vez firmes, los autos de sobreseimiento, cualquiera que sea su causa y el momento en que se dicten, y las sentencias”, manifestándose en iguales términos el art. 627 ALECr 2020 en referencia al sobreseimiento en la fase intermedia.

⁹⁷⁴ El art. 551.1 ALECr 2020 dice “El Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición de la persona investigada, dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal. 2. Esta resolución requerirá la previa audiencia del Ministerio Fiscal, que podrá interponer contra ella recurso de apelación.”

⁹⁷⁵ Establece el citado artículo “1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”.

3.4.3.3.9. Justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Capítulo III, Título IV, artículos 181-185.

La ONU en la *Declaración sobre los principios fundamentales de las víctimas de los delitos y del abuso de poder, Asamblea General, Resolución 40/34, de 29 noviembre de 1985*, ha definido la justicia restaurativa como “una forma de responder al comportamiento delictivo equilibrando las necesidades de la comunidad, las víctimas y los delincuentes”. En el ámbito europeo el Consejo de Europa, por su parte, ha elaborado también resoluciones en torno a la promoción de la justicia restaurativa.⁹⁷⁶ En el ordenamiento jurídico-penal español, como se ha visto, el sistema tiene plena implantación en la justicia de menores, en la que el principio de oportunidad se encuentra positivizado y se articula por la utilización de la mediación penal, y en otros ámbitos ya estudiados.

Antes de entrar en el estudio de la regulación que efectúa el ALECr 2020 en torno a la mediación penal, conviene expresar las razones de la importancia de la participación en aquella del Ministerio Fiscal. La necesidad del respeto a las garantías procesales de las partes en el proceso penal, y el aseguramiento de que en los intervinientes concorra el requisito de igualdad necesario para llevar adelante la mediación, hace que la intervención activa del Ministerio Fiscal se vuelva imprescindible. El Ministerio Fiscal es una pieza clave en la mediación penal, porque entre sus funciones se encuentran las de “velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas” (art. 3.10 EOMF), la de conseguir el cumplimiento de la efectividad de los fines de la pena, la defensa de los derechos fundamentales del infractor, y la de procurar de los tribunales la satisfacción del interés social (art. 1 EOMF) los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE).

Todas estas funciones mantienen una estrecha relación con la mediación penal, pero, sin embargo, el papel del Ministerio Fiscal en la misma no deja de ser en la práctica muy escaso.⁹⁷⁷

⁹⁷⁶ Recomendación (99)19 sobre *mediación en asuntos penales*, o la Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, donde se examinan las ventajas de la justicia restaurativa para el sistema penal, proponiendo su implementación para aumentar la eficacia de aquél y conseguir resultados más satisfactorios en los justiciables. También en el ámbito europeo destaca la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 octubre de 2012, traspuesta al ordenamiento español en la ley 41/2015, EVD.

⁹⁷⁷ Para paliar esa falta de actividad en las prácticas de mediación por los operadores jurídicos, y en singular por el Ministerio Fiscal, se pretende que la Justicia restaurativa sea ampliamente conocida por los profesionales del Derecho, como se observa de su inclusión en planes de estudio y formación. En referencia a la Ley de Impulso a la mediación refería SAAVEDRA GUTIÉRREZ, MARÍA, “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación”, *Revista InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. julio /2019 que resulta interesante la previsión de una Comisión de Seguimiento del Impulso de la Mediación, mediante su disposición adicional primera, y particularmente que tras la promulgación de la ley se reformarían los planes formativos del grado de Derecho para incluir la mediación como asignatura obligatoria con el propósito de formar y crear suficientes mediadores, si bien se establece una *vacatio legis* de tres años para ello. También para los jueces se ha previsto dicha obligación: el estudio de la mediación ha tenido entrada en los planes formativos de los futuros jueces. En el Plan docente de formación inicial de la 72 promoción de la Carrera Judicial de la Escuela Judicial con sede en Barcelona (curso 2022-2023), contempla la impartición de un módulo específico en relación a la mediación y relativo a todas las jurisdicciones. Se ha optado por desarrollar el contenido del mismo a lo largo de todo el curso, en lugar de hacerlo de forma concentrada, e incidir en el estudio del Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación. La mediación es tratada con detenimiento en el programa: éste prevé formación práctica en la jurisdicción penal, en juzgados de instrucción y juzgados de lo Penal, haciendo hincapié en la posición del juez en el mecanismo de la mediación poniendo de relieve su papel como agente activo en la detección de situaciones mediables. El documento menciona que un elemento importante a tener en consideración para decidir la derivación se dará cuando los intervinientes deban seguir relacionándose pp. 80-81. Plan docente de formación inicial de la 72 promoción de la Carrera Judicial de la Escuela Judicial.

<file:///C:/Users/scpruosi/Downloads/20220110%20Plan%20docente%20de%20formaci%C3%B3n%20inicial%2072%20Promoci%C3%B3n%20Carrera%20Judicial%20curso%202022-2023.pdf>

La obligación del Ministerio Fiscal de velar por los intereses públicos tutelados por la ley, mediante la intervención penal, suponen su visto bueno a los acuerdos alcanzados en la mediación penal al verificar si se han conseguido los fines del proceso penal comprobando la efectiva reparación del daño causado, o los esfuerzos realizados para ello y, en el victimario, su asunción de responsabilidad y la materialización de la misma. Dichas actuaciones del Ministerio Fiscal en la derivación y en la constatación de cumplimiento deberían establecerse, de *lege ferenda*, de forma obligatoria. No debe olvidarse que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende entre otros elementos, el de la víctima a recibir información y participar en el proceso penal. De esta manera, el fiscal tras corroborar la voluntariedad del consentimiento de víctima y victimario, dictaría un decreto de derivación, o la solicitaría al juez, para que el Servicio de Mediación iniciase la misma. En cualquier caso, sería conveniente que se estableciesen mecanismos de colaboración entre la Fiscalía y los órganos judiciales y el Equipo de Mediación en orden a la aplicación de los instrumentos de justicia restaurativa para solucionar incidencias que pudieran surgir.

Tradicionalmente, la Fiscalía ha prestado poca atención a la mediación penal, considerándola una labor a desarrollar por las Oficinas de Asistencia a la Víctima, enfocadas en socorrer y ayudar a éstas, no considerando que la justicia restaurativa pueda ser un modelo alternativo y complementario integral. Tal perspectiva es entendible desde el tenor del EVD, que en su art. 15 contempla la justicia restaurativa como el derecho de acceso a las víctimas a los servicios prestados por ésta y que deja poco margen a la participación del Ministerio Fiscal en el procedimiento. La mediación es, desde esta óptica, una mera herramienta del principio de oportunidad para conseguir la satisfacción de la víctima, eje sobre el que pivota la Ley, y no un paradigma de justicia edificado en torno al principio de tutela judicial efectiva.

Por ello, una comprensión de la mediación penal desde esta perspectiva y su consiguiente garantía, establecerían al Ministerio Fiscal como una pieza imprescindible de la misma, desarrollando su labor en base a los principios de unidad de actuación (art. 124.2 CE y 2 EOMF) configurando así, en base a instrucciones y circulares emitidas por la FGE, un corpus propio relativo a la mediación.

El régimen de la justicia restaurativa del ALECr 2020 sigue sustancialmente el diseñado en el ALECr 2011, en que la iniciativa para acceder al procedimiento recaía en los mismos sujetos: juez y fiscal, o solicitud de las partes. De hecho, la redacción del art. 158 ALECr 2011 y el examinado 182 del ALECr 2020 es prácticamente idéntica, salvo la mención en el primero a la mediación penal, y el segundo -con mayor acierto- a la justicia restaurativa. De igual modo, el art. 160 ALECr 2011 y el art. 184 ALECr 2020 son iguales, excepto el término aludido.

En el ALECr 2020 es el Capítulo III de la Sección 2ª, del Título IV, (Las formas especiales de la terminación del procedimiento penal), el que regula la justicia restaurativa en los arts. 181-185.⁹⁷⁸ El primer apartado del art. 181 ALECr 2020 enuncia los principios sobre los que se asienta la justicia restaurativa penal: voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad, principios éstos recogidos en la normativa internacional a que ya se ha hecho referencia. El artículo en su apartado segundo pone el foco de atención en la necesidad de

⁹⁷⁸ El procedimiento para la justicia restaurativa diseñado por el ALECr 2020 es analizado y contextualizado por FARTO PIAY, TOMÁS, “El procedimiento de justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *La Ley Penal*, núm. 151/2021.

información para que el consentimiento base de la voluntariedad pueda tener plena vigencia.⁹⁷⁹ Resulta lógico que para que la voluntariedad de la víctima quede completamente asegurada sea conveniente que se encuentre asesorada por un letrado. Si este requisito se establece como tal para entender que se ha prestado el consentimiento de forma totalmente voluntaria y debidamente informada, será preciso reformar la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, puesto que su aplicación está sujeta a una serie de requisitos que pueden obstaculizar que, en el momento de manifestar su voluntad de tomar parte de un procedimiento de mediación, quien toma esta decisión esté ya asistido de letrado. Podría considerarse a este respecto que el Ministerio Fiscal desarrollase esa función informadora y verificadora de formación de la libre voluntad de la víctima y la ausencia de coacción o temor alguno: circunstancias que, además, fiscalizaría el órgano judicial, y posteriormente, el propio Equipo de Mediación, por lo que la existencia de tales filtros haría que se determinase aquel requisito con sobrada seguridad.

La voluntariedad del procedimiento queda nuevamente recalcada en el apartado tercero del artículo, que insiste en su ausencia de obligatoriedad y en que en cualquier momento podrá ser revocado el consentimiento y abandonar el procedimiento sin que ello tenga consecuencia ninguna sobre el proceso penal. La confidencialidad, otro de los requisitos propios de la justicia restaurativa, se contempla en el apartado cuarto del artículo. El fiscal no tendrá conocimiento de lo tratado en el procedimiento restaurativo hasta que, en su caso, reciba el acta de reparación. Lo tratado tampoco podrá ser utilizado en el proceso penal salvo expreso acuerdo de las partes afectadas.

El ALECr 2020 no recoge, y hubiera sido conveniente hacerlo, criterios orientativos para aquilatar la conveniencia de derivar el caso a mediación. Además, en buena medida la derivación dependerá del conocimiento y sensibilidad que tenga el operador jurídico sobre la justicia restaurativa. Respecto a la primera idea, los Protocolos de mediación intrajudicial si explicitan aquellos criterios, así como los convenios suscritos por la FGE y el Colegio General de la Abogacía española sobre los que ya se ha incidido.

Ni este artículo ni los siguientes que regulan la justicia restaurativa hacen exclusión de ningún tipo de infracción penal para ser sometidos a este procedimiento, por lo que ha de deducirse que el ámbito objetivo del mismo abarca a cualquier delito, salvo a aquellos para los que esté expresamente prohibido como ya se ha visto (art. 87 ter 5 LOPJ). No obstante, por mayor clarificación, habría sido conveniente esta alusión en la regulación de la justicia restaurativa en dicho capítulo. Sin embargo, no todos los supuestos que no contengan una expresa prohibición legal de ser mediables, deben serlo. Fundamentalmente, no será oportuno cuando exista un desequilibrio de poder que impida que la mecánica restaurativa pueda llevarse a cabo con armonía y ecuanimidad, siendo ello claro en caso de menores o incapaces. A este respecto cabe matizar que, dependiendo del grado de madurez, sería posible en el contexto de la justicia de menores por no producirse el desequilibrio citado. En segundo lugar, cabe igualmente desechar su uso cuando la situación de enemistad entre las partes sea intensa, el problema de fondo irresoluble por hallarse enquistado y vivido desde la experiencia personal de

⁹⁷⁹ El art. 181.2 ALECr 2020 dispone que “las partes que se sometan a un procedimiento de justicia restaurativa, antes de prestar su consentimiento, serán informadas de sus derechos, de la naturaleza de este y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo.”

los intervinientes, o cuando el grado de implicación y de previsible compromiso de las partes sea mínimo.⁹⁸⁰

El procedimiento de justicia restaurativa se encuentra regulado en el art. 182 ALECr 2020. El Ministerio Fiscal aparece como el único legitimado para remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, bien de oficio o a instancia de parte, atendiendo a las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima (art. 182.1 ALECr 2020). Aunque la referencia que hace el artículo a las partes pudiera inducir a pensar que éstas tienen que encontrarse personadas, la referencia del art. 183.3 ALECr 2020 en el sentido de que las víctimas han de ser siempre oídas, independientemente se encuentren o no personadas, deja ver que aquella no es precisa. El apartado primero del artículo concluye afirmando que no por comenzarse el procedimiento restaurativo se dejará de practicar diligencias para la averiguación del delito, como no podría ser de otra manera para asegurar la correcta investigación de la infracción.

En cuanto a la forma de desarrollarse el procedimiento de mediación el ALECr 2020 resulta decepcionante sobre este particular puesto que no dedica ni una línea a ello, y tan sólo aborda la cuestión, tangencialmente, al referirse al informe tras la conclusión del proceso restaurativo y sus condiciones para la validez y eficacia. A este respecto, y aunque dicha remisión también puede ser criticada por cuanto no está concebida específicamente para un proceso de naturaleza penal, la remisión que el BCPP 2013 hacía a la LMACM, cuando menos contemplaba una serie de requisitos, etapas, desarrollos y consecuencias, que otorgaba cierto marco de referencia para el desarrollo del procedimiento, por muy imperfecta, en términos técnicos, que hubiese sido aquella remisión.

El art. 182.2 ALECr 2020 establece un plazo máximo para la finalización del procedimiento restaurativo de tres meses. *Prima facie* parece un poco tiempo para su desarrollo, dados los tiempos dilatados que en se practican las actuaciones en los juzgados. La previsión irreal de plazos procesales hechos desde el mejor de los voluntarismos no resulta un método apropiado de solucionar el retraso de la justicia: repárese en los problemas que originó el establecimiento de los plazos de instrucción del art. 324 de la vigente LECr, sobre los que ya se ha tratado, y que motivó su reforma mediante la ley 2/2020, de 27 de julio.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que para que el plazo sea realizable la Administración de Justicia deberá contar con Equipos de Justicia Restaurativa dotados personal y materialmente de forma adecuada para que puedan prestar este servicio, máxime cuando el propio Anteproyecto predica la gratuidad del procedimiento. En la actualidad no existe a nivel estatal un Servicio centralizado de Servicios de Justicia Restaurativa dentro de la estructura del Ministerio de Justicia, sino, en el seno de la organización institucional de las Comunidades Autónomas. En este ámbito sí existen diversos tipos de servicios de Mediación Penal intrajudicial.

En ellos, en líneas generales, se observan dos modelos: aquellos integrados en la Oficina Judicial, normalmente en los servicios comunes procesales, y los que funcionan

⁹⁸⁰ Estas situaciones son tenidas en cuenta por CAAVEIRO AMENEIRO, PURA, “La mediación penal y la justicia restaurativa: un nuevo modelo de justicia”, *op.cit.*, para considerar la inconveniencia de la práctica de la mediación penal por no reunir, por diversos motivos, las condiciones para ello.

mediante convenios celebrados entre los respectivos Tribunales Superiores de Justicia y el Ministerio de Justicia. El primero de ellos es el que ofrece una mayor internalización de este servicio, es el caso de estos servicios en la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde los casos derivados se remiten a un órgano denominado “Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña”, dependiente de la Administración Pública, aunque éste, a su vez, remite el asunto a mediadores externos entre los cuales los intervinientes pueden elegir voluntariamente.⁹⁸¹ Teniendo en cuenta la previsión del carácter público del Servicio que efectúa el ALECr 2020, una configuración organizativa que esté integrada en la Administración de Justicia parece el modelo más acorde con su espíritu. Sólo en su defecto se recurriría a organizaciones o mediadores ajenos a ésta a través de listados homologados. Se ha sostenido que la opción por unos servicios integrados y dependientes de la Administración autonómica o del Ministerio de Justicia, resultaría más conveniente en orden a garantizar la necesaria neutralidad y autonomía de los equipos que se encontrarían más coordinados y resultaría más sencilla la comunicación con los propios órganos judiciales y con el Ministerio Fiscal. La formación interdisciplinar de los mismos, con componentes versados en distintas disciplinas (Derecho, Psicología, Trabajo Social, Medicina, Criminología, etc) coadyuvaría poderosamente a un abordaje integral y más eficaz del conflicto entre los intervinientes. Por supuesto, la formación adicional en técnicas y valores restaurativos resultaría también decisiva para tal objetivo.

En cuanto a los requisitos sobre titulación específica de los mediadores penales, no existe previsión legal específica en el ALECr 2020, que, de *lege ferenda* debería ser completada, remitiéndose a esos efectos a lo establecido en la LMACM, que en su art. 11.2, relativo a las condiciones para ejercer de mediador señala que “deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación (...)”, sin aportar mayores requisitos ni fijar qué tipo específico de formación han de ostentar los mediadores, como tampoco existe en el área penal, regulación concreta sobre los métodos o instrumentos a utilizar por los mediadores y que les pueda servir de guía. A esta ausencia de regulación en la fase de la propia mediación podría objetarse, por otra parte, que la esencia misma de los sistemas restaurativos exige un carácter poco formal y flexible, precisamente para alcanzar más eficazmente su objetivo.

Sería conveniente cuando, en desarrollo de las previsiones del ALECr 2020 se consoliden las prácticas de justicia restaurativa, establecer preferentemente un modelo de corte intrajudicial e internalizado, más acorde con la naturaleza no dispositiva del Derecho Penal, y que dotaría al servicio de mayor profesionalidad y estabilidad.

El art. 182.4 ALECr 2020 señala que el equipo de justicia restaurativa, durante su trabajo, podrá recabar del fiscal información del procedimiento. Hay que diferenciar entre el contenido del procedimiento y el procedimiento en su integridad, que no podrá ser utilizado por el Equipo de Justicia Restaurativa, que precisará para realizar su labor solo los datos más relevantes e imprescindibles para ello. Los protocolos actualmente vigentes en los servicios de mediación penal, abundan en este extremo. El procedimiento de justicia restaurativa podrá

⁹⁸¹ El quehacer de este órgano es abordado por CID HORTA, PILAR, “Funciones del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña”, AAVV, (Coord. VARRAL VIÑALS, INMACULADA, LAUROBA LACASA, MARÍA ELENA, VIOLA DEMESTRE, ISABEL), *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, Dykinson, Madrid 2018, pp. 140-144. En la sede electrónica de este organismo catalán puede consultarse de forma simplificada los ámbitos de actuación del mismo, sus funciones, e incluso los trámites concretos para acceder a la mediación: <https://justicia.gencat.cat/ca/inici/>

practicarse también durante la ejecución, aunque en este caso será el juez, previa audiencia al fiscal, quien lo acuerde respetando lo establecido en el artículo (182.5 ALECr 2020).

El art. 183 ALECr 2020 regula las consecuencias del procedimiento restaurativo: en el caso de terminar con éxito el Equipo confeccionará un acta de reparación recogiendo los acuerdos de las partes, y el fiscal valorándolos junto con las “circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento” podrá archivar en aplicación del principio de oportunidad el expediente conforme a los arts. 175 y 176 ALECr. Estos preceptos regulan, respectivamente, el archivo y la suspensión por razones de oportunidad. El primero de ellos no alude a si el acuerdo alcanzado no versa sobre unas reglas de conducta, sino sobre el ofrecimiento de excusas del ofensor y el perdón del ofendido. Tampoco el artículo señala plazos, seguimiento o vigilancia de las obligaciones, como si se hace en el siguiente al regular la suspensión por razones de oportunidad.⁹⁸² Podrá también el fiscal proceder según las reglas de conformidad. Es importante, por lo que significa respecto a los derechos de las víctimas en el proceso, la previsión sobre su preceptiva audiencia en estos supuestos, aun no personados, y la inclusión en la sentencia de conformidad de los términos del acuerdo reparador.⁹⁸³

El ámbito temporal de aplicación de la justicia restaurativa se extiende a toda la duración del proceso, siendo incluso posible en la fase de enjuiciamiento según previene el art. 184 ALECr 2020 que faculta al órgano de enjuiciamiento “a remitir las actuaciones al procedimiento de justicia restaurativa cuando todas las partes lo soliciten”, siguiéndose entonces los trámites del art. 182 ALECr 2020. De alcanzarse el acuerdo las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación.⁹⁸⁴ La aplicación de la justicia restaurativa, incluso, es posible durante la fase de ejecución, según reconoce el art. 182.5 ALECr 2020, aunque en este caso el Anteproyecto no ha previsto qué consecuencias conllevaría el éxito del procedimiento.

Cerrando el capítulo, el art. 185 ALECr 2020 regula el régimen de la prescripción durante la sustanciación del procedimiento restaurativo, pero solo para el caso de los delitos leves,⁹⁸⁵ con carácter interruptivo. Siendo cierto que, dado el breve plazo de prescripción que

⁹⁸² El concepto de reparación del art. 112 CP puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, de conformidad con dicho artículo. La Jurisprudencia ha mantenido que la naturaleza de la reparación puede ser variada y no, necesariamente, de tipo patrimonial, entendiéndose por tal incluso la simbólica o moral, pudiendo quedar incluidas en lo previsto por la atenuante de reparación del daño del art. 21.5ª CP Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos (STS 616/2014, de 25 de septiembre). Incluso la STC 521/2015, de 13 de octubre, hace mención a la reparación como restauración llevada a cabo por el infractor.

⁹⁸³ Dados los requisitos existentes para que el fiscal pueda decretar el archivo en un supuesto de los mencionados, estima ROIG TORRES, MARGARITA, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad”, *op.cit.*, núm. 24/2022, que, en la práctica, resultará de muy difícil aplicación, extremadamente limitado.

⁹⁸⁴ Resulta muy interesante el estudio que realiza ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, “La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación”, AAVV, (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, *op.cit.*, pp. 109-125, toda vez que revela que la atenuante usada para vehicular la reparación tiene un alcance mucho mayor que su instrumentalidad, ya que aquella ha sido identificada como un exponente de la política criminal de protección a la víctima, a la par que sirve a los intereses de la prevención general. Otro trabajo en relación al mismo asunto AFONSO CARRACEDO, ADRIANA NOEL, “La atenuante por reparación del daño”, AAVV, SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA, *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, *op.cit.*, pp. 517-540.

⁹⁸⁵ En realidad, el ALECr 2020 no viene a modificar la regulación vigente sobre los delitos leves, limitándose a amoldarlos al nuevo esquema procesal establecido en el texto prelegal, tal como sostiene el magistrado RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, “El nuevo juicio por delitos leves en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley penal*, núm. 152/2021.

según el art. 131.1 CP -un año- tienen los delitos leves, en su caso es más necesario que en ningún otro la salvaguarda de la posibilidad de reabrir el procedimiento si el procedimiento de justicia restaurativa no llegara a buen término sin que la infracción hubiera prescrito. Sin embargo, resultaría útil que dicha previsión se hubiera extendido al resto de los delitos.

En conclusión, la propuesta del ALECr 2020 sobre la justicia restaurativa supone una nueva visión de la víctima, aunque contiene sombras tales como una regulación muy esquemática sobre aquella que hubiera merecido mayor desarrollo. También la parquedad con que han sido reguladas las fases del procedimiento, o la ausencia de un listado de criterios valorativos para ponderar la conveniencia de iniciar un proceso restaurativo, son aspectos negativos del texto prelegislativo en esta materia.

3.5. Protocolos de funcionamiento del servicio de mediación intrajudicial penal del País Vasco 2012 y 2019.

3.5.1. Introducción.

A pesar de la eventual promulgación de la LECr en tramitación parlamentaria, los mecanismos de aplicación de la justicia restaurativa, y más concretamente de la mediación penal, a la vista del articulado del texto prelegal deberán seguir funcionando como hasta el momento, es decir, en base a protocolos suscritos entre las Administraciones Públicas y el órgano encargado de la investigación penal y de enjuiciamiento.⁹⁸⁶ En efecto, el ALECr 2020 no prevé en lo relativo al procedimiento de mediación sino las fórmulas de derivación como se ha visto en los apartados precedentes. Por consiguiente, lo no previsto por aquél para la futura mediación penal, salvo en lo que contradiga la nueva regulación legal, es previsible que se base en las normativas en vigor de los protocolos. Por esta razón entendemos que procede detenerse a examinar el contenido de los mismos. En concreto, por su mejor conocimiento práctico, motivos geográficos, y por su buen funcionamiento, se ha optado por analizar los Protocolos vigentes en nuestra Comunidad Autónoma. A pesar de las menciones a la mediación penal que efectúa el EVD, dicha práctica de la Administración de Justicia no encuentra amparo legal específico, salvo en la jurisdicción de menores, pero se viene utilizando de manera creciente en la justicia penal desde, aproximadamente, principios de los años 90 del pasado siglo. La ausencia de regulación legal lleva a que los mecanismos mediadores busquen su base en diversos protocolos suscritos por las CCAA y el CGPJ, tomando por base el Protocolo de Mediación Penal, obrante en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del propio Consejo.

⁹⁸⁶ El precedente más antiguo en España de la utilización de la mediación penal, como ocurrió en el derecho comparado, apunta FREIRE PÉREZ, ROSA MARÍA, “Experiencias de la mediación penal en el ámbito de la justicia de adultos. Amparo normativo institucional”, AAVV (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal, op.cit.*, pp. 257-282, tuvo lugar en el ámbito de la justicia penal de menores en Cataluña impulsadas por los Equipos Técnicos de esa comunidad en torno a los años 90 del pasado siglo, es decir, previamente a la entrada en vigor de la LORPM, que reconoce expresamente dicha técnica de justicia restaurativa. Ya en una época tan lejana como la del estudio se estimaba que aproximadamente un tercio de los asuntos de menores pasaban por un procedimiento de mediación en la Comunidad catalana. En 1998, recuerda la autora, y también en el mismo territorio, se comenzaron estas experiencias en el ámbito de la justicia penal de adultos.

3.5.2. Antecedentes.

En la Comunidad Autónoma de Euskadi las primeras experiencias en justicia restaurativa penal tuvieron lugar en el año 2007 en los Juzgados de Barakaldo y Vitoria.⁹⁸⁷ En los dos años sucesivos, las mismas se extendieron ya a los juzgados de dos capitales más pobladas como Donostia-San Sebastián y Bilbao, siendo, todas ellas, experiencias positivas y consolidándose en los siguientes cursos judiciales, de tal suerte que la Conserjería de Justicia del Gobierno Vasco consideró extender este mecanismo a todos los órdenes jurisdiccionales en 2011.

La habilitación competencial del Gobierno Vasco para acometer estas experiencias viene dada de los art. 150 CE y art. 13 y 35.3 del Estatuto de Autonomía de Gernika.⁹⁸⁸ Los primeros protocolos de mediación penal tuvieron lugar precisamente en el año 2008, tratando de lograr la mayor concreción posible, en orden a poder desarrollar dicho mecanismo de la forma más eficaz y en busca de su éxito. La inmediata razón de la instauración de dicho protocolo hay que encontrarla en la ausencia de marco normativo alguno en la jurisdicción penal en la fecha en que se elaboró.

En 2012 se redactó un protocolo de mediación penal, el examinado en estas líneas, sumamente minucioso. Este instrumento clarificaba las actuaciones y fijaba las relaciones entre el Servicio de Mediación Intrajudicial (en adelante, SMI) y los distintos operadores jurídicos: órganos judiciales, Ministerio Fiscal, ciudadanos, letrados... El propio protocolo llamaba la atención sobre la doble circunstancia, un tanto paradójica, de tratarse de un instrumento de carácter informal vehiculado al muy formal procedimiento penal. El esquema sobre el que basculaba el protocolo era el control o dominio de las partes sobre la solución a las consecuencias de la infracción penal, que debería vigilar la autoridad judicial para darle, en su caso, una respuesta en forma de resolución judicial. En lo tocante al Ministerio Fiscal, este órgano firmó también el Protocolo de mediación penal intrajudicial en la CA del País Vasco, tras la autorización del FGE por decreto de 25 de mayo 2012, habiendo de encuadrar esta apuesta por la mediación en los procesos judiciales también en el Acuerdo suscrito entre este órgano y el CGPJ de fecha 25 de mayo de 2016.

⁹⁸⁷ En el ámbito español las experiencias de mediación en la justicia penal de adultos con anterioridad a su positivización en la LORPM, se dieron en la Comunidad Autónoma de Valencia, según describe GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, “La mediación penal en España”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile. op.cit.*, pp. 30-32. Otras experiencias que, más o menos coetáneamente, se dieron en España son brevemente descritas por OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal, op.cit.*, pp. 161-173. Los programas sobre mediación llevados a cabo en varias Comunidades Autónomas son estudiados por VALIÑO CES, ALMUDENA, “Los programas piloto desarrollados en España en materia de mediación penal en adultos”, AAVV, (Dir. IGLESIAS CANLE, INÉS, BONORINO RAMÍREZ, PABLO RAÚL), *Mediación, justicia y Unión Europea, op.cit.*, pp. 273-278, de forma muy sintética, proponiendo, tras realizar una exposición por las experiencias de Valencia, País Vasco, Cataluña, La Rioja y Madrid, la necesidad de promulgar una ley de Mediación Penal. Precisamente sobre las ventajas e inconvenientes de la pluralidad de regulaciones autonómicas, en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico, trata ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, AAVV, (Coord. IGLESIAS CANLE, INÉS), *Mediación, justicia y Unión Europea, op.cit.*, pp. 83-101.

⁹⁸⁸ Los arts.13 y 35.3 del Estatuto de Gernika establecen que “corresponderá a la Comunidad Autónoma, dentro de su territorio, la provisión del personal al servicio de la Administración de Justicia y de los medios materiales y económicos necesarios para su funcionamiento, en los mismos términos en que se reserve tal facultad al Gobierno en la Ley Orgánica del Poder Judicial (...).”

3.5.3. Configuración del servicio y asuntos susceptibles de mediación penal.

El SMI ⁹⁸⁹ de Euskadi fue configurado en este protocolo como un órgano dependiente de la Dirección de Justicia del Gobierno Vasco y único para todo el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con el propósito de dotar al mismo con unas normas de funcionamiento homogéneas. El protocolo, después de una breve introducción sobre el marco teórico de la justicia restaurativa y en base a la legislación vigente en la fecha de su redacción (anterior a la profunda reforma del CP de 2015), abordaba los posibles resultados procedimentales de un eventual acuerdo de mediación: archivo, sentencia con pena atenuada, suspensión o sustitución de la pena⁹⁹⁰, o modulaciones en el cumplimiento penitenciario, ya en fase de ejecución.

El Protocolo resultaba ambicioso en relación al ámbito de aplicación objetivo de la mediación penal, ya que no exceptuaba ninguna infracción penal, salvo aquellas que se encontraban expresamente vedadas a tal mecanismo,⁹⁹¹ valiéndose de esta manera de la ausencia de prohibición legal para dar un amplio margen de aplicación a este instrumento de justicia restaurativa.

En relación al ámbito personal, el Protocolo lo extendía tanto a personas físicas como jurídicas, pero exigiendo, en cualquier caso, la existencia de una víctima identificada que permitiese beneficiarse de las ventajas de la justicia restaurativa; se diferenciaba así de modelos teóricos que permitían, como se ha visto, su práctica incluso con víctimas difusas o ausencia de víctima que pueden concretarse. Resultaba interesante la previsión del Protocolo en el sentido de integrar en este ámbito aquellos supuestos en que ambas partes concurren en la doble cualidad de denunciante y denunciado. Suele ser habitual, particularmente en cierto tipo de delitos como las coacciones o las lesiones, que se de esta circunstancia, siendo además tales casos particularmente apropiados para ser solucionados por medio de la justicia restaurativa.

Seguidamente el Protocolo ofrecía una serie de criterios valorativos para ponderar la conveniencia de la derivación a mediación, y que recogían los clásicos requisitos configurados por la doctrina, tales como; condiciones subjetivas de los implicados, elementos tendentes a evitar situaciones de asimetría que impidan la igualdad, o aquellas también subjetivas, pero más

⁹⁸⁹ Según la guía práctica de la mediación intrajudicial de 2016 editada por el CGPJ, orgánicamente se plantean dos modelos para la implantación de la justicia restaurativa en la Administración de Justicia; como unidad judicial especializada, o el recurso a mediadores externos al Tribunal y un tercer modelo eventual, en tanto no se desarrollen los anteriores. En el primer caso se trataría de un órgano integrado en la estructura de la Administración de Justicia, incluso -propone la guía- que dirigiría un Letrado de la Administración de Justicia, o un Gestor, con formación específica en mediación, sobre una plantilla de mediadores profesionales, o gestionaría una relación de Centros de mediación acreditados. Esta unidad judicial tendría varias funciones relativas a la mediación penal, fundamentalmente de carácter informativo, promoción de la formación del personal, desarrollo de programas y modelos informáticos, seguimiento de las mediaciones derivadas desde el juzgado, y evaluación estadística de aquélla. El modelo transitorio, de no existir el anterior en un tribunal y hasta que desarrolle, consistiría en remitir las derivaciones a un listado o panel de mediadores fiscalizado por la Secretaría del Decanato o del Tribunal Provincial en cuanto a los requisitos que se establezcan para éstos, y en cuanto al desarrollo de la mediación. La creación del mencionado órgano se realizará por acto gubernativo del Juez Decano o del Presidente del Tribunal, y en él deberá concretar la jurisdicción sobre la que se implanta, los juzgados o tribunales implicados, tipos de conflictos susceptibles de mediación, y el método de conexión entre los mediadores y el órgano judicial. Adicionalmente, se exige un control sobre la habilitación reglamentaria de los mediadores, publicación de relaciones de los mismos, y la posibilidad de exclusión por desempeño incorrecto. El personal al servicio de la Administración de Justicia, según la aludida guía, debe sentirse implicado en la mediación recibiendo para ello la debida información, al igual que considera fundamental la labor de los Abogados en ese sentido, como propulsores de la mediación al actuar como informantes de la finalidad de la misma a sus clientes.

⁹⁹⁰ Esta última posibilidad quedó arrumbada tras la mencionada reforma, persistiendo únicamente la modalidad del art. 89 del CP.

⁹⁹¹ Delitos de violencia contra la mujer, art. 87 ter 5 LOPJ.

vinculadas a las relaciones víctima-ofensor, valorando especialmente el contexto a ese respecto y su círculo social. Junto con estas variables el protocolo aludía a otras de orden pragmático, tales como la posible duración del procedimiento penal, que habría de ser lo suficientemente largo para poder desarrollar las sesiones de la mediación⁹⁹², así como una prognosis acerca de las posibilidades que indiciariamente ofrece el caso para ser resuelto mediante mediación. Un aspecto importante al respecto era la afirmación del Protocolo de que los miembros del Equipo de SMI actuarían bajo las normas que estableciese el Ministerio Fiscal, debiendo acordarse con cada Fiscalía Provincial unos criterios de actuación que ésta determinaría.

3.5.4. Fases de la mediación penal con carácter general.

3.5.4.1. Inicio.

Correspondía al órgano judicial la decisión de derivar la causa bien de oficio, instancia de parte, o del propio SMI, dirigiendo a las partes y su representación legal una carta explicativa sobre el procedimiento y sus consecuencias.⁹⁹³ El Servicio citaría a una primera entrevista informativa a las partes en las que comunicaría todas las circunstancias relativas al procedimiento: su desarrollo, las condiciones del mediador; neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad, así como los eventuales efectos del acuerdo sobre el proceso penal, con el posible resultado de obtener entonces el consentimiento informado de los intervinientes.⁹⁹⁴ La figura del mediador en la perspectiva del Protocolo recogía toda la caracterización que del mismo se ha positivizado posteriormente en la LMACM, y que previamente había perfilado la doctrina.⁹⁹⁵

La resolución judicial motivada acordando la remisión al SMI se notificaría a las partes y se comunicaría a dicho organismo en su adscripción territorial correspondiente, enviando ésta a personal propio para recabar información en el Juzgado del asunto remitido, entre la que se incluía copia de la documentación judicial del expediente que pudiera resultar necesaria para llevar a cabo su cometido⁹⁹⁶, estableciéndose, para ello, un corto plazo de siete días. Esta gestión

⁹⁹² Por lo que, en principio, quedarían descartados los juicios rápidos a practicar en el Juzgado de Guardia.

⁹⁹³ Prueba estadística de la diferencia de volumen de asuntos derivados dependiendo de la sensibilidad del órgano judicial la encontramos en la Memoria del Servicio de Justicia Restaurativa Euskadi 2019, al observar que en un mismo ámbito judicial (Juzgados de Instrucción de Bilbao) existen algunos que han optado por la mediación penal con 101 asuntos (Juzgado de Instrucción nº 1) frente a otros, los más, que apenas llegan a unas decenas o ninguno (caso de Instrucción nº 6, 7 o 10) Memoria del Servicio de Justicia Restaurativa Euskadi 2019, p. 15.

https://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/jus_doc_conoce_0231/es_def/adjuntos/Memoria-del-Servicio-de-Justicia-Restaurativa-Familiar-2019-.pdf

⁹⁹⁴ El procedimiento sigue unas fases que, *grosso modo*, corresponden a las que estudia BERROCAL CAÑADAS, AINHOA, “El acuerdo de restauración en la justicia restaurativa”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, *op.cit.*, pp. 582-584.

⁹⁹⁵ Especulaba, en una obra anterior a la promulgación de la LMACM, BLANCO CARRASCO, MARTA, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, *op.cit.*, pp. 179-183, sobre cuáles debían ser las características del mismo, concluyendo que debía responder a criterios de especialización, cualificación académica, y formación. Desde la perspectiva de normativa europea sobre mediación GIL NIEVAS, RAFAEL, “La directiva de mediación de la Comunidad Europea”, AAVV, (Dir. GONZÁLEZ QUIROGA, MARTA), *Métodos alternativos de solución de conflictos, perspectiva multidisciplinar*, *op.cit.*, pp. 45-46, subraya la calidad de aquélla, abundando sobre la formación, códigos de conducta e idoneidad del mediador.

⁹⁹⁶ La guía práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, de 7 noviembre 2016, manifiesta sobre el particular que la información ha de ser mínima, una ficha de derivación de la que adjunta modelo, que sirva de base al equipo mediador para que cuente con los datos imprescindibles para iniciar el procedimiento. Más adelante la guía, a modo de ejemplo, alude a copia de las declaraciones, informes periciales relevantes, datos de contacto de las partes y de sus abogados, como ejemplo de datos suficientes y relevantes para tal cometido.

se podría también efectuar por vía telemática, o por la propia de los canales de comunicación de la Administración de Justicia en el caso de que el juzgado donde estuviese radicado el asunto que se derivase no dispusiera de oficinas del SMI. El plazo establecido para la resolución del proceso de mediación fue fijado por el protocolo en dos meses, pudiendo ser prorrogado de forma excepcional y justificada si concudiesen razones para ello por el órgano judicial extendiéndolo uno o dos meses más. El SMI, salvo que sea a instancia del Ministerio Fiscal, debía notificar a éste el inicio del procedimiento de mediación penal, y si se opusiese el expediente sería devuelto al Juzgado.

3.5.4.2. Fase de acogida.

En esta fase tendría lugar una entrevista más pormenorizada con las partes para recoger sus emociones, datos, actitudes, intereses etc. en relación con su capacidad para someterse adecuadamente al procedimiento de mediación.⁹⁹⁷ Se trataba de que el mediador pudiera de esta manera recabar datos relevantes de ambos intervinientes enfocados desde sus distintas posiciones (víctima y ofensor). En el caso del primero el componente emocional era especialmente relevante, teniendo el mediador que obtener información referente a sus sentimientos, daños sufridos, percepción de la situación, consecuencias del delito etc. y en el caso del segundo, del grado de asunción de responsabilidad por los hechos y su capacidad de llegar a una satisfacción.

En esta fase las defensas letradas tenían también una función determinada, centrada en la información y asesoramiento a sus clientes acerca de la evolución del proceso y abundar en las posibles ventajas de llegar con el Ministerio Fiscal a un acuerdo toda vez que ellos serán los encargados de tal tarea. Ponderados por el mediador los extremos aludidos, debería valorar la conveniencia de pasar a la fase de encuentro dialogado si considera que el caso evidenciaba el interés de las partes por encontrar una solución al conflicto y no concurría ningún obstáculo para ello.

3.5.4.3. Fase de encuentro dialogado.

Era en este momento cuando, según el Protocolo, el mediador había de proceder a la entrevista conjunta a las dos partes, aunque se preveía la posibilidad de que este encuentro físico no tuviese necesariamente que celebrarse si las partes no lo deseaban y el mediador nada obstaba al respecto. No obstante, el encuentro directo era la modalidad prevista con carácter general por su efecto beneficioso. La filosofía restaurativa, en efecto, prefiere los encuentros directos que permiten una mayor confrontación, más inmediata, de los diferentes planteamientos, en orden a conseguir una finalización más completa del conflicto.

El protocolo fijaba un número máximo de sesiones en seis -contando la primera sesión orientativa- aunque lo normal sería que en una o, a lo sumo dos, se pudiesen llevar a cabo. La duración prevista, dependería de diversos factores; la complejidad del asunto, la personalidad de los intervinientes, su número, su disposición anímica, u otras circunstancias análogas. Se trataba de evitar una dilación excesiva para sortear tensiones, facilitar y aclarar las opiniones,

⁹⁹⁷ Aunque los diversos modelos de práctica de la mediación que estudia RAMOS RAMOS, PALOMA, *Mediación y resolución de conflictos*, ICB, Málaga 2012, pp. 46-51, recogen una serie diferentes de fases para el procedimiento (la autora cita los de ARÉCHAGA, BRANDONI y RISOLÍA, el de TÓRREGO, el modelo de BOUCHE PERIS y colaboradores, y el de ROZENBLUM DE HOROWITZ) todos tienen en común un hilo conductor que coincide con el del protocolo vasco.

resumirlas, y llegar sin demoras innecesarias a alcanzar un acuerdo. Las partes firmarían antes de proceder a las sesiones a un acta con su consentimiento informado para tomar parte en el procedimiento.

3.5.4.4. Fase de acuerdo.

Constituía el último trámite del procedimiento de mediación penal y era el fruto del convencimiento e interés de las partes. Se materializaba en la llamada “acta de reparación”.⁹⁹⁸ Dicho documento era firmado por todas las partes y nunca se redactaría sin que las partes hubiesen tratado el acuerdo previamente con sus letrados. El acta consignaría, además, que la mediación se hubiese desarrollado de forma conveniente y se pondría por escrito los aspectos esenciales de la misma. El acta de reparación contenía, adicionalmente, un plan para proceder a la misma. En relación al contenido del acuerdo, se resaltaba que podía contener soluciones no meramente económicas sino de otra naturaleza, tales como reparaciones de orden moral, simbólicas o concernientes a los esfuerzos reparadores que ya hubiese realizado el ofensor.

El acuerdo se comunicaba al órgano judicial y al Ministerio Fiscal con nota de cierre. La comunicación se podía presentar directamente al Juzgado, o al Decanato o Servicio de Registro del Partido judicial, o en saca interna si no existiese ese servicio en la sede del asunto. En el caso de la comunicación al Ministerio Fiscal el Protocolo dejaba abierta la forma al acuerdo que posteriormente se estableciese con este órgano. El protocolo, en previsión de la informatización integral de los servicios de la Administración de Justicia,⁹⁹⁹ que en los años posteriores se efectuaría, previó a modo de cláusula de cierre, que todas estas comunicaciones se pudieran hacer por trámites telemáticos si se garantizaba su eficacia. Si el procedimiento terminaba sin acuerdo igualmente se comunicaba a aquéllos con escrupuloso respeto del principio de confidencialidad de lo tratado durante aquél.

3.5.5. Posibles repercusiones penales del procedimiento de mediación.

La incorporación y adaptación judicial del acuerdo reparador podía tener lugar, preveía, el Protocolo, en diferentes fases del proceso. En cualquier caso, correspondería a las partes y sus letrados gestionar procesalmente aquél para su traslación a los diversos resultados que se citaban en el Protocolo. Como se ha visto, la no avenencia de las partes, o su retirada del procedimiento de mediación conllevaba que se reaperturase el proceso penal, pero con respeto estricto de la confidencialidad de todo lo tratado en aquél, sin que pueda ser utilizado.

⁹⁹⁸ El acuerdo de reparación o restaurativo es analizado pormenorizadamente por BERROCAL CAÑADAS, AINHOA, “El acuerdo de restauración en la justicia restaurativa”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia. op.cit.*, pp. 613-621, abarcando su naturaleza jurídica, forma y contenido.

⁹⁹⁹ La promulgación de la nueva LEC supuso según PICÓ I JUNOY, JOAN, “Las reformas procesales en España”, AAVV, (Dir. OTEIZA, EDUARDO), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI, op.cit.*, pp. 303-304, un paso de gigante en cuanto a la informatización de la justicia. Las adaptaciones de los palacios de justicia para crear salas de vistas y los sistemas de grabación para éstas supusieron una enorme inversión pública, así como el programa para la gestión de las grabaciones ARCONTE que, prosigue el autor, permiten al juez, secretario judicial, y partes acceder a éstas en todo momento. Las exigencias que requiere la digitalización de la Administración de Justicia y la problemática que puede suscitar son tratadas por CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Extrajudicial & Judicial Tech”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos, op.cit.*, pp. 41-67, analizando los retos a que se ve sometida, fundamentalmente la afectación al principio de tutela judicial efectiva, previendo, por otra parte, el cambio radical que supondrá la implementación de una Justicia ampliamente digitalizada.

3.5.5.1. Antes de la celebración del juicio oral.

Según el Protocolo esta fase era la más propicia para la consecución del acuerdo, tratando de que los letrados de las partes y el Ministerio Fiscal llegasen al mismo antes de la celebración del juicio oral, bien en forma de calificación conjunta o transformación de las diligencias en urgentes si fuere posible, o incluso, en delitos en que el perdón extingue la responsabilidad criminal, el archivo de las diligencias. El encaje penal más común para la articulación de la conformidad penal sería la aplicación de la atenuante ordinaria, cualificada o muy cualificada, de reparación del daño del art. 21.5 CP.

3.5.5.2. En ejecución de sentencia.

Una vez dictada ya la sentencia en las diligencias correspondientes el contenido del acuerdo reparador podía articularse mediante diversas modalidades procesales tocantes a la suspensión o sustitución de la pena del art. 88 CP. Esta última modalidad, sin embargo, ha devenido impracticable puesto que, quedó derogada, perviviendo únicamente la prevista en el art. 89 CP que contempla la sustitución de las penas privativas de libertad de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por expulsión del territorio nacional.¹⁰⁰⁰ Operaría así la suspensión ordinaria de los arts. 80-86 CP, y la extraordinaria del art. 87 CP, constando la voluntad reparadora del infractor y la de abandonar la adicción relacionada con la comisión del delito. Cabía también la suspensión durante la tramitación del indulto, art. 4.4 CP, si la ejecución de la sentencia pudiera hacer ilusoria la finalidad de éste.

3.5.6. Seguimiento del acuerdo.

De conformidad con el Protocolo el seguimiento del cumplimiento del acuerdo reparador se efectuaba a instancia del Ministerio Fiscal o del órgano judicial: una función prácticamente obligada para dar seriedad y efectividad a este mecanismo de justicia restaurativa, pues de nada serviría el mismo si no existiese otro de garantía que fiscalice su cumplimiento. El órgano encargado de la vigilancia era el SMI, que comprobaría si se cumplía el Plan de ejecución del Acuerdo de Reparación, e informaría sobre ello.

La forma de desarrollo del acuerdo podía ser aquella decidida por las partes, y formalizada por el juez, y procesalmente materializada en la responsabilidad civil (arts. 110 y 112 CP), o como regla de conducta en caso de suspensión, art. 83 CP. En el caso de acuerdos de tipo patrimonial resultaba conveniente que se diese comienzo a su ejecución lo antes posible para tener ocasión de verificar la solidez del compromiso de reparación. Tratándose de otro tipo de restitución, voluntariado, servicios a la comunidad, petición y ofrecimiento de perdón, reconocimiento de hechos, o cualesquiera otros, resultaba, y por la misma razón, conveniente su

¹⁰⁰⁰ Conceptual y pragmáticamente esta modalidad de sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión de ciudadanos extranjeros ha generado dificultades de todo género estudiadas por MACÍAS ESPEJO, BELÉN, “Sustitución y expulsión de extranjeros”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo, op.cit.*, (Cap. IX) que concluye su estudio con una visión crítica basada, fundamentalmente, en que tal solución casa muy mal, en su opinión, con el fin resocializador de la pena, genera discriminación, y supone una aplicación enmascarada, añade, de la teoría del “Derecho penal del enemigo”, encontrándose su último fundamento, no explicitado, en la descongestión de las cárceles españolas. Examina también esta modalidad de sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, MACÍAS ESPEJO, BELÉN, “Sustitución y expulsión de extranjeros”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZO), *La pena de prisión, entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 255-294.

inicio temprano. Cuando el proceso de la reparación estuviese concluido el SMI debería informar al órgano judicial que, tras la comprobación pertinente, archivaría el caso. Finalmente, el Protocolo preveía un mecanismo estadístico de seguimiento que quedaba a cargo de la Dirección General de Justicia del Gobierno Vasco, elaborando un informe anual que en febrero remitiría al Fiscal Superior y Fiscales Jefes Provinciales relativo a las actuaciones del precedente año del SMI.

3.5.7. Evolución legislativa posterior al protocolo de 2012 y nuevo protocolo de 2019.

Con posterioridad a comenzarse la aplicación del Protocolo de 2012, se produjeron algunas reformas legales en relación a la mediación, pero, recuerda el Protocolo de 2019 del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco para la jurisdicción penal, de no gran alcance. Así, la nueva redacción del art. 84 CP que estableció la condición de cumplimiento del acuerdo restaurativo como uno más para la suspensión de la pena, o la introducción de la figura del mediador como eventual autor del delito de cohecho del art. 423 CP. Ante la ausencia, pues, de un marco legal que vendrá determinado en el momento en que entre en vigor la reforma procesal penal en marcha, sigue siendo precisa la existencia de protocolos que regulen la práctica de la mediación penal. No obstante, aunque la regulación legal sea fragmentaria ofrece, a diferencia de lo que ocurría en 2012, una base mucho más sólida sobre la que conformar un Servicio de justicia restaurativa. Desde la entrada en vigor del Protocolo del 2012 y hasta la redacción del actualmente en vigor, de 2019, los dos cambios legislativos más relevantes han sido, en el ordenamiento de la UE, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 octubre de 2012, y la Recomendación (21018) del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa, y el ámbito del derecho interno, la trasposición al ordenamiento español mediante el EVD.

La aprobación de este último texto, como se ha indicado, ha supuesto poner en valor a la víctima en el ámbito de la justicia restaurativa, orientada a la satisfacción de su reparación material y moral en base a la desigualdad moral entre victimario y víctima. La prioridad pasa a ser la satisfacción de los legítimos intereses de la víctima, por lo que lo sustantivo no es el tipo de infracción penal, sino si el interés de la víctima quede aquietado por la aplicación de un procedimiento restaurativo. Este nuevo enfoque no tiene tanto en cuenta la gravedad de los delitos derivables a la mediación penal¹⁰⁰¹ sino la mejor forma de satisfacer a la víctima. Por consiguiente, los criterios de derivación en el Protocolo 2019 se ven alterados: se recogen de este modo los factores a tomar en consideración para la derivación en atención al EVD y se establece como finalidad principal del proceso restaurativo “obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito”, exigiéndose como requisito para poder iniciar aquél “el reconocimiento de los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad” por parte del infractor (art. 15 EVD) elemento éste, que tendrá que controlar el órgano judicial que efectúe la derivación.

El nuevo protocolo de 2019 toma también en consideración en referencia a la forma de las oficinas o servicios de Justicia Restaurativa lo establecido en la Directiva europea

¹⁰⁰¹ Normalmente los de menor gravedad y más abundantes con el fin de descongestionar la Administración de Justicia.

2012/29/UE, es decir, cuáles deben ser los principios para informar los órganos de justicia restaurativa que expone aquella en su considerando 46.¹⁰⁰²

Aunque la configuración de los servicios de justicia restaurativa no se regula en el EVD, si se prevén los requisitos que deberán darse para que las víctimas puedan acceder a ellos (art. 15), tratándose sustancialmente de: reconocimiento de los hechos, voluntariedad, confidencialidad, seguridad para la víctima y ausencia de prohibición legal para su práctica. Es el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre por el que se desarrolla del EVD, el que regula las Oficinas de Asistencia a las víctimas del delito, apoyando en dicha esfera los derechos de las víctimas, así como otros extremos: la creación del Consejo Asesor de Asistencia a aquéllas, pormenorizando el objeto, ámbito de aplicación subjetivo, derechos de las víctimas en relación a las propias oficinas, ámbito territorial, objetivos, sus funciones, fases de la asistencia, evaluación individual de las víctimas, así como funciones de coordinación.

Las actuaciones que pueden llevar a cabo las oficinas de Asistencia a las víctimas en relación a la justicia restaurativa aparecen recogidas en el art. 37 del Real Decreto 1109/2015.¹⁰⁰³ Junto con la Directiva 2012/29/UE, otro avance significativo en lo tocante a justicia restaurativa penal, es la Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa, aprobada el 3 de octubre de 2018, que insta a las administraciones públicas a la implantación de Servicios de Justicia Restaurativa en sus sistemas de justicia.¹⁰⁰⁴ Según afirma el Protocolo 2019 del Gobierno Vasco “ésta es la primera administración pública en Europa que adopta dicha recomendación con el establecimiento del nuevo Servicio de Justicia Restaurativa”.

Las reformas legislativas que han tenido incidencia en la justicia restaurativa con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo de 2012 y hasta la promulgación del protocolo de 2019, han sido las siguientes:

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP.

¹⁰⁰² “Los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio. Los procedimientos de justicia reparadora han de ser, en principio, confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general. Se podrá considerar que factores tales como las amenazas o cualquier forma de violencia cometida durante el proceso exigen la divulgación por razones de interés general”.

¹⁰⁰³ Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar las siguientes actuaciones de justicia restaurativa: a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa. b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima. c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial. Las características, funciones, tipos y especialidades de las Oficinas de Asistencia a la víctima de delitos son estudiadas por AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La víctima en la justicia penal, op.cit.*, pp. 149-185.

¹⁰⁰⁴ Las Recomendaciones, al igual que los dictámenes, explica LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, “Las fuentes del derecho de la UE”, AAVV, (Coord. CELMA ALONSO, PILAR), *Derecho de la UE, op.cit.*, pp. 216-217, no tienen efectos jurídicos vinculantes para sus destinatarios ni terceros. Sus emisores son el Consejo, la Comisión, y el Banco Central en los supuestos que los tratados han previsto, y sus destinatarios, en general, los estados. Su relevancia viene dada de que su desatención puede provocar la adopción por las instituciones comunitarias de actos comunitarios obligatorios.

- Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECr y la LOPJ para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Llama la atención, no obstante, que en el protocolo no se haga mención entre las fuentes tenidas en cuenta para su redacción, a la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial publicada por el CGPJ en 2016, toda vez que las especificaciones que ofrece para la mediación penal son muy pormenorizadas y, por otra parte, coinciden con el contenido del propio protocolo 2019.

El balance de los 11 años de existencia de los servicios de justicia restaurativa en la CA de Euskadi se puede calificar de positivo.¹⁰⁰⁵ En el momento de la confección del Protocolo de 2019 se cifraban en 11.684 los casos de derivación. Más allá del dato estadístico es significativa la gran proporción de casos derivados que acaban con acuerdo, el cumplimiento de éste, y el grado de satisfacción de los intervinientes, así como la naturaleza del propio acuerdo restaurativo que, contra lo que pudiera parecer, no tiene mayoritariamente un contenido económico sino de otro tipo, moral, conductual, o de protección social.

No obstante, como sombra del éxito se puede referir la desigual cifra de asuntos derivados de los juzgados según la sensibilidad sobre la justicia restaurativa que tengan los órganos encargados de la derivación, y, también, el desconocimiento o confusión sobre esta herramienta. Otra manifestación de la desconfianza hacia la justicia restaurativa que el informe conclusivo apunta, es la constatación de los pocos delitos graves que se derivan.

3.5.8. Protocolo de mediación penal de la comunidad autónoma vasca de 2019.

En el Protocolo en vigor en la CA de Euskadi se ha incidido sobre la coordinación entre sus actores, un aspecto que considera fundamental. Dichos agentes son los órganos jurisdiccionales, la Fiscalía y la Administración Pública y resulta necesario que para el éxito de la justicia restaurativa sus voluntades han de confluir en el objetivo. Es la razón por la que en el Protocolo se abunda sobre esta cuestión y por la que, incluso en su título, es incorporado este concepto al enunciarse como "Protocolo de coordinación interinstitucional para el servicio de justicia restaurativa de Euskadi".

Además de las ya expresadas modificaciones legales, fruto de la regulación europea reseñada, y su consiguiente adaptación al protocolo, también éste efectúa ciertos cambios

¹⁰⁰⁵ Aunque el ámbito del trabajo de SÁEZ RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, "Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011", *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 8/2011, es más amplio hace mención a los servicios de mediación penal de Euskadi. De la lectura del artículo se deduce el éxito que en la década de trabajo de los servicios estos habían obtenido. Los resultados positivos de la mediación penal, a nivel estadístico y crítico, se deducen de la lectura de la extensa Memoria del Servicio de Justicia Restaurativa Penal del año 2019. Recurso electrónico <http://www.justizia.eus/servicio-justicia-restaurativa>

terminológicas para adaptar la nomenclatura de los órganos de justicia restaurativa a las denominaciones recogidas en el EVD. Los aspectos relativos a la información son especialmente resaltados. La información resulta vital ya desde el primer contacto con las autoridades, tal como establece el art. 5 EVD. Asimismo, la coordinación con la Fiscalía se considera que debe ser fluida y articulada en base a reuniones periódicas y contemplando la existencia de un Fiscal Delegado en Mediación que materializará la comunicación.

La experiencia práctica anterior motivó que en el nuevo protocolo de 2019 se estableciera un plazo de tres meses para el desarrollo del proceso restaurativo, con una prórroga excepcional de un mes más.

3.5.8.1. Aspectos significativos del protocolo de la Comunidad Autónoma de Euskadi 2019.

3.5.8.1.1. Infracciones susceptibles de ser derivadas.

En consonancia con el modelo del Protocolo de 2012, el vigente establece un modelo habilitante en el que no se exceptúa ninguna infracción penal para ser sometida a justicia restaurativa (salvo los delitos aludidos en el art. 87 ter 5 LOPJ). Los criterios valorativos para ponderar la conveniencia de la derivación (recogidos en cuatro puntos orientativos en el Protocolo de 2012, pp. 4-5) no varían sustancialmente en el nuevo protocolo, articulándose en siete puntos que, resumidamente, abordan la finalidad del proceso restaurativo, ausencia de riesgo para la víctima, reconocimiento de los hechos, condiciones subjetivas apropiadas en los intervinientes con especial valoración de la significación subjetiva del hecho, pronóstico de abordaje positivo, y se prevea una duración del proceso penal suficientemente larga para poder desarrollar el mecanismo de justicia restaurativa.

3.5.8.1.2 2. Órganos que pueden practicar la derivación y momentos para ello.

El órgano competente para practicar la derivación será el juzgado o Tribunal, es decir tanto órganos unipersonales como colegiados; juzgados de instrucción, de lo Penal, de Vigilancia penitenciaria, o secciones de la Audiencia Provincial o Tribunal Superior de Justicia. En el ámbito de su habilitación en las diligencias de investigación (art. 5 EOMF y 773 LECr), el Ministerio Fiscal podrá también derivar, así como en proceso por Aceptación por decreto (art. 803 bis LECr). En relación al momento, la derivación puede producirse en cualquier fase procesal como se contemplaba en el Protocolo de 2012 y como se examina a continuación.

3.5.8.1.3. Desarrollo y fases del procedimiento.

El inicio del procedimiento se producirá mediante resolución motivada con la remisión por parte del órgano judicial o el Ministerio¹⁰⁰⁶ al Servicio de Atención a la Víctima, nueva denominación, (en adelante SAT) del SIM del Protocolo de 2012. Tal como en este último, se contempla que, ante la disconformidad del Ministerio Fiscal, la mediación no se llevará a cabo.

Esta derivación se comunicará a las partes y, en su caso, a su representación legal mediante una carta explicativa.¹⁰⁰⁷ A partir de este trámite los pasos procedimentales que diseña

¹⁰⁰⁶ En el caso de tratarse de diligencias de investigación a su cargo.

¹⁰⁰⁷ La guía práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ de 7 noviembre 2016 sugiere que la inicial llamada telefónica para citar a los intervinientes a la primera comparecencia en el servicio, puede resultar muy adecuada para comenzar ya hablar sobre el

el Protocolo 2019 siguen muy de cerca los del anterior vigente. En un primer momento el Juzgado envía al Servicio de Justicia Restaurativa (en lo sucesivo, SJR) los datos básicos para identificar los hechos y sus intervinientes, una documentación mínima imprescindible, y que de la que éste hará uso cuando medie el consentimiento de ambos intervinientes. En caso de que le resulte insuficiente para poder llevar a cabo su cometido existe la posibilidad de que recabe mayor información del Juzgado. El Protocolo más moderno se muestra en esta cuestión menos prolijo y circunstanciado que el anterior. Tras esta recepción el SJR, concertará sendas entrevistas individuales con los intervinientes que plasmarán en un documento su conformidad con el procedimiento.

A esta fase inicial de derivación e información a las partes, le sigue la de preparación del procedimiento en sí. La persona facilitadora, nueva denominación del mediador del Protocolo anterior, ha de tener especial atención en ahondar en la esfera subjetivo-emocional de los intervinientes pues constituye el sustrato sobre el que se asienta el procedimiento. La figura del letrado adquiere para el Protocolo una especial importancia en esta fase, pues es la persona encargada de informar a las partes de las consecuencias judiciales que el procedimiento puede conllevar y serán los letrados los encargados de tratar con el Ministerio Fiscal para ello.

Pasada esta fase se produce la elección del proceso restaurativo. Es aquí donde se observa una novedad reseñable con respecto al anterior protocolo. En efecto, el precedente era sumamente sucinto en referencia a la forma en cómo debían practicarse los procedimientos, señalando, tan solo, que los encuentros personales eran preferibles, salvo causa justificada, a otras soluciones. Frente a ello, el nuevo Protocolo prevé la posibilidad de diferentes herramientas restaurativas¹⁰⁰⁸ entre las que optará la persona facilitadora según el que mejor se ajuste a sus necesidades. La modalidad a practicar tiene que ser consentida por los intervinientes y comunicada al órgano judicial y al Ministerio Fiscal, y no llevarse a cabo “si el proceso restaurativo seleccionado pudiera interferir en el procedimiento judicial”.

Además de estas modalidades innovadoras, el Protocolo prevé la más tradicional del encuentro dialogado cara a cara, y el más excepcional dialogado indirecto. El primero, ciertamente, será “la modalidad prioritaria y recomendable a potenciar”, y supondrá la confrontación física de infractor y víctima, siempre dentro de una tensión que deberá controlar el facilitador, que cuidará además del equilibrio y uso de la palabra de aquellos. Al igual que en el anterior protocolo, el vigente estima en seis las sesiones máximas a practicar. La modalidad indirecta, obligatoria cuando media una orden de protección o medida de alejamiento en vigor, se dará en función de las circunstancias que valorará el facilitador.

A diferencia del anterior Protocolo, en el que se establecía un plazo con carácter general de dos meses, extensible extraordinaria y motivadamente en uno o dos meses más, el Protocolo de 2019 fija un plazo general de tres meses -salvo para los delitos leves que será de dos-, con una prórroga de otro mes más. En este sentido, la Guía para la mediación penal, publicada en 2006 por el CGPJ, no fijaba un plazo concreto quedando éste a criterio del juez, aunque dejando margen suficiente atendiendo a la fecha del señalamiento. Este plazo lo podía ampliar, a petición del Equipo de mediación, atendiendo al principio de flexibilidad cuando

conflicto y animar a las partes a emprender el procedimiento. También en este momento inicial una carta en lenguaje sencillo y asequible sobre las razones por las que su caso ha sido seleccionado para una mediación coadyuvaría a animar a los futuros intervinientes.

¹⁰⁰⁸ Mediación, círculo, conferencia u otros.

excepcionalmente se prevean serias posibilidades para adoptar el acuerdo y haga falta más tiempo.

El resultado del procedimiento se comunicará al Ministerio Fiscal por los canales ordinarios y también a las partes personadas, potenciando el Protocolo, con las debidas garantías y la misma efectividad, los medios telemáticos como herramientas para la comunicación. Puede terminar con acuerdo, quedando el mismo documentado en un escrito denominado acta de reparación -manteniendo, por tanto, la denominación del anterior protocolo- y que contendrá un plan de reparación. A este respecto, el nuevo Protocolo añade un párrafo al documento, sobre el que conviene detenerse; se trata de la expresión en él del nivel de reparación alcanzado por la víctima y manifestado por ésta. De esa manera, el órgano judicial podrá contar con este dato para examinarlo. Se reseña también, en las reglas referentes al funcionamiento interno del Servicio, que en la nota informativa de éste “se podrá valorar la significación de la reparación acordada, por si fuera de interés para el órgano judicial”. Se deja entrever que la constancia de dicho dato puede tener una función similar a la expresión del nivel de reparación por parte de la víctima. También puede concluir el procedimiento restaurativo sin haber alcanzado acuerdo, debiendo igualmente el SJR, informar al órgano judicial y Ministerio Fiscal. La confidencialidad de lo tratado en el procedimiento está asegurada y no puede acceder al proceso penal.

La incorporación del acuerdo de reparación al procedimiento penal se puede articular de diversas formas y en diversas etapas, aunque son los letrados y el Ministerio Fiscal quienes lo materializarán en alguna de las modalidades contempladas. Si el acuerdo se produce antes de la vista oral, tal como señala el Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía española, de fecha 1 abril 2009, éste se traducirá en una calificación conjunta o conforme, con antelación suficiente a la fecha de señalamiento de la vista oral, aspecto éste denodadamente perseguido por el citado protocolo.¹⁰⁰⁹

En el acuerdo producido tras la sentencia firme en fase de ejecución de ésta, se valorará, señala el Protocolo 2019, la conducta del condenado con posterioridad al hecho, dejando en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, teniendo, entre otras, en consideración el comportamiento antedicho, y cumplidas una serie de condiciones ordinarias o excepcionales (art. 80.1, 2, y 3 CP). Finalmente, el protocolo 2019 reserva un apartado para tratar del seguimiento de los acuerdos que es literalmente el mismo ya tratado de su precedente de 2012.

El Protocolo 2019, a diferencia de su precedente, presenta un apartado acerca del funcionamiento interno del Servicio de Justicia restaurativa, en el que en cada una de las distintas fases expone una serie de contenidos pormenorizados y desarrollados de los antes enunciados de forma más genérica, y relativos a las pautas a seguir, a modo de instrucciones, durante la realización del procedimiento restaurativo.

¹⁰⁰⁹ “Hay que insistir de modo enfático en que el núcleo esencial del Protocolo, y el objetivo fundamental que persigue la Fiscalía General del Estado al firmarlo, es anticipar las conformidades a un momento previo al juicio oral. En ese sentido, por tanto, deben interpretarse las reglas del documento suscrito con el CGAE, y a esa finalidad han de orientarse todos los esfuerzos del Ministerio Fiscal en la aplicación de la presente Instrucción. Como se verá al estudiar con más detalle algunos aspectos concretos de la aplicación del Protocolo, es en el procedimiento abreviado donde esa pretensión tiene un mayor campo de acción. Pero ello no exige descartar el mismo objetivo en el procedimiento ordinario, en los supuestos y con los requisitos que limitadamente establece la ley (IV.2.1 de la Instrucción 2/2009, de 22 junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la FGE y el Consejo General de la Abogacía española).”

En relación con la primera entrevista exploratoria, con un criterio sumamente práctico, se propone citar en primer lugar al victimario para conocer si acepta los hechos imputados y asume la responsabilidad por ellos, y solo, sentado lo anterior, otra con la víctima. La información recabada en el procedimiento será la base que el facilitador utilizará para elegir después el instrumento más adecuado para la satisfacción de la víctima (círculo, conferencia, mediación penal). Se echa en falta a este respecto un desarrollo más cumplido de dichas tácticas restaurativas, ya que meramente se enuncian sin determinar ni con carácter mínimo cómo se llevarán a cabo. Sin embargo, sí se prevé la posibilidad de readaptación del procedimiento pasando de una técnica a otra si la inicial no resulta adecuada (con la anuencia de los operadores jurídicos), previéndose también garantías en cuanto a la no citación como testigos de personas que hayan tenido participación, incluso como mero apoyo, en los procesos restaurativos.

El apartado se cierra con sendos listados describiendo las facultades de la persona facilitadora, sus obligaciones, su régimen de incompatibilidades, y un decálogo de buenas prácticas de estas mismas personas. Las obligaciones previstas para la persona facilitadora siguen de cerca las establecidas en la LMACM en relación con los principios informadores que deben inspirar aquélla, y resumiéndose en el Protocolo 2019 en; confidencialidad, imparcialidad y objetividad, constatación de la voluntariedad de las partes, gratuidad, y otras relativas a la vigilancia de las condiciones equitativas y procedimentales del proceso.

3.5.9. Acuerdo de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno Vasco - Eusko Jaurlaritz.

En el ejercicio de las funciones competenciales del Gobierno Vasco, en concreto del art. 13 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, el Ejecutivo vasco firmó con el CGPJ un acuerdo de colaboración, de fecha 27 abril de 2015, con el objetivo de “impulsar la mediación y otras formas pacíficas de resolución de conflictos y de justicia restaurativa como fórmula alternativa y/o complementaria al proceso judicial” (cláusula 1ª).

Para ello el Gobierno vasco se compromete a una serie de actuaciones, tras proclamar (cláusula 2ª) la necesidad de creación de unos cauces de comunicación fluidos entre Gobierno y Consejo para intercambio de información tendente al mejor aprovechamiento de los recursos disponibles para la justicia restaurativa, acompañado de acciones de formación conjunta en la materia (cláusula 4ª) y de la creación de una Comisión de Seguimiento, de composición mixta, con el objeto de “velar por el cumplimiento de lo pactado y de la buena marcha del Convenio” (cláusula 6ª). Los compromisos por parte del Gobierno Vasco hacen referencia fundamentalmente al suministro de medios humanos y materiales, en sus diversas manifestaciones¹⁰¹⁰, en tanto que los del CGPJ toma el compromiso de dar a conocer y promover entre los jueces y magistrados la justicia restaurativa e impulsar su aplicación, estableciendo para ello mecanismos tales como reuniones, controles, inspecciones y recopilación de información (cláusula 3ª).

Al objeto del seguimiento estadístico del convenio se añaden, al final de éste, unos modelos o fichas para mediación familiar, civil, laboral, mercantil y penal, respectivamente, en

¹⁰¹⁰ Modalidades de información al público y a los órganos judiciales, espacios adecuados y dotación de una estructura administrativa, recabar datos relativos al resultado de los procedimientos, planes formativos, y medidas relativas a las comunicaciones entre equipos y órganos judiciales, cláusula 3ª.

orden a cuantificar el movimiento de expedientes, el número de derivaciones y el grado de desarrollo y éxito de éstas, incluidos el tipo de acuerdo producido, el tipo de infracción, la duración media del conjunto de procedimientos, y la relación existente entre el infractor y su víctima.

El convenio ha sido hasta la actualidad, prorrogado en dos ocasiones, dado que su vigencia era de dos años prorrogables, en fecha 17 de mayo de 2017, y 11 de abril de 2019, por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ.

CONCLUSIONES

I. SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MINISTERIO FISCAL.

1. Con propósito de contextualizarlo, conviene aludir a los **antecedentes históricos del fiscal**, aunque se encuentren conceptualmente alejados de la figura actual, y ello porque ya en sus orígenes se distingue un rasgo identificador básico que perdura hasta hoy: la idea de la acusación pública en la esfera del derecho penal. Aunque la doctrina ha hecho referencia a ciertas figuras del Mundo clásico como remotos precedentes del fiscal, no es hasta la Edad Media cuando encontramos unos agentes del monarca en quienes adivinamos una leve afinidad con los funcionarios actuales. El embrión del órgano contemporáneo surge tras Revolución Francesa en Europa, momento en que se constituye una magistratura burocrática en donde reconocemos ya los perfiles del órgano. No obstante, consideramos que unos precedentes históricos tan antiguos arrojan poca luz sobre la actual caracterización del Ministerio Público.

2. Para entender la institución es preciso un somero repaso por la **historia jurídico –política de la España** del siglo XIX, que arranca de la Constitución de 1812, en la que ya se contemplaba la existencia de 2 fiscales adscritos al TS de Justicia. Durante dicho siglo, el órgano experimentará una evolución que culminará con su primer estatuto orgánico en 1926, en vigor hasta la entrada del actual en 1981. De este desarrollo inferimos, ya, la caracterización propia del Ministerio Fiscal, identificando una serie de atributos característicos de dicho órgano, tales como la promoción de la acción de la justicia, la satisfacción del interés público y la defensa de la legalidad. Lamentablemente, desde nuestra perspectiva personal, también observamos su ubicación institucional en la órbita del gobierno, inicialmente con unas enormes prerrogativas de éste sobre los miembros del Ministerio Fiscal, que resultaba “órgano de representación del Gobierno ante el Poder Judicial”, carácter que mantuvo, incluso, en vigencia, y en abierta incompatibilidad con la CE, hasta que fue promulgado el vigente EOMF 1981. Tal como se observa en su evolución histórica, el Ministerio Fiscal ha ido ganando progresivamente mayores cotas de autonomía para garantizar su imparcialidad. Entendemos que procede culminar dicho recorrido y que solo así se podrá garantizar el éxito de la investigación penal a él encomendada, por las razones que más adelante se expresarán.

En efecto, el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal resulta básico en su actividad. Revisando la evolución de este concepto desde su primera mención en la LOPJ 1870, pasando por el intento fallido de la CE 1931, que aspiraba a un estatus de independencia similar al judicial, y la posterior etapa franquista que arrumbó cualquier atisbo de esta naturaleza, entendemos que, antes de la etapa democrática, no resulta posible predicar ni independencia, ni imparcialidad del Ministerio Fiscal.

II. PAPEL CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL, DERECHO COMPARADO Y EVENTUAL REFORMA.

3. Con la instauración del régimen democrático de 1978, la regulación del Ministerio Fiscal se ubicó dentro del título VI CE, dedicado al Poder Judicial, en tres artículos: 124, 126 y 127 CE, estableciendo su misión en la promoción de la acción de la justicia, el cuidado solícito de la independencia de los tribunales y la satisfacción del interés social, atendiendo los principios de

unidad de actuación y dependencia jerárquica, pero, “con sujeción, en todo caso, a los principios de “legalidad e imparcialidad”.

Juzgamos que desde una perspectiva constitucional la atribución de funciones que se encomienda al Ministerio Fiscal resulta confusa. No obstante, cabe resaltar que el encargo de **la defensa de la legalidad**, a él encomendada, ofrece una virtualidad de sumo interés: su carácter dinámico. La institución debe actuar de forma enérgica y activa y tratando de dar efectividad a los valores superiores del sistema político. A esta defensa de la legalidad, se le unen las misiones constitucionales de hacerlo en consideración a los derechos de los ciudadanos y al interés público tutelado por la ley, velar por la independencia de los Tribunales y procurar de ellos la satisfacción del interés social. Hay que advertir, sin embargo, que, en realidad, todas estas imprecisamente llamadas misiones, tienen sobre todo un marcado carácter abstracto y tendencial.

Más interés, si cabe, tienen los **principios de actuación** con los que debe ejercer el Ministerio Fiscal sus funciones: **legalidad e imparcialidad**. Consideramos que el grado de cumplimiento de dichos principios determinará, en primer lugar, la idoneidad del órgano para la dirección de la investigación oficial de la infracción penal, y, consecuentemente, la adecuación del mismo para efectuar la derivación en los supuestos de oportunidad reglada de mediación. El principio de legalidad al que se tiene que sujetar el Ministerio Fiscal en todo caso (art. 124 CE y 6 EOMF), identificado con la legalidad parlamentaria, impregna la totalidad del ejercicio de la actividad del órgano y se conjuga con el también fundamental principio de imparcialidad. Este último, entendido con el significado de objetividad e -impropiamente- de independencia en el art. 7 EOMF, supone neutralidad, falta de favoritismos, prejuicios, o parcialidad. Frente a estos dos principios basilares en la actuación del Ministerio Fiscal, los de **unidad de actuación y dependencia jerárquica**, particularmente este segundo, pueden suponer la némesis de aquellos. Es precisamente en la aplicación de estos principios donde identificamos el mayor obstáculo para que la institución asuma la dirección de la investigación oficial. Resulta evidente que la interpretación unívoca de la legalidad puede exigir por parte de los órganos directivos de la institución el uso de cierta suerte de jerarquía, pero, sin embargo, consideramos que la misma constituye la mayor debilidad de la institución en la probable asunción de misma de la investigación penal. Reconocemos que, en la mayor parte de las investigaciones, no se producirá interferencia alguna del poder político, pero cabe albergar la sospecha razonable de que no ocurra otro tanto en la llamada criminalidad gubernamental.

De entre las funciones del Ministerio Fiscal como defensor de los derechos de los ciudadanos, una guarda especial relación con el objeto de esta investigación. Establece el art. 3.10 EOMF que una de las misiones del Ministerio Fiscal es la de velar por la **protección procesal de las víctimas**, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban ayuda y asistencia efectivas, papel que también es reclamado por la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, REC (2000) 19 sobre papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, traspuesta al ordenamiento interno español en el Estatuto de la Víctima. Pensamos que, más allá de lo recogido en las instrucciones y circulares de la FGE al respecto, la actitud personal del funcionario del Ministerio Fiscal sobre las víctimas ha de ser proactiva, enmarcando dicho propósito como representativo de la justicia restaurativa. De *lege ferenda* consideramos que resultará fundamental para la credibilidad del Ministerio Fiscal que, como ha señalado el ALECr 2020, se produzca una profunda reforma del EOMF y se garantice de forma eficaz la imparcialidad del mismo, ahondando en los mecanismos de oposición existentes, haciéndolos realmente eficaces y susceptibles de revisión por órganos colegiados, y

estableciendo la prohibición tajante de órdenes particulares. Por desgracia, la reciente promulgación del Real Decreto 305/2022, Reglamento del Ministerio Fiscal, como se expondrá, no parece avanzar en dicho sentido.

Como se ha señalado, el EOMF diseña una estructura orgánica jerarquizada en que la máxima jefatura es el FG, que irradia su autoridad a una cadena de mando que alcanza hasta el último de sus funcionarios. Por ello, resulta interesante reseñar que el **mecanismo de discrepancia del fiscal** regulado en el EOMF es una pieza que consideramos manifiestamente mejorable y sobre la que no se ha profundizado lo suficiente (repárese en que su régimen de aplicación se encuentra desarrollado nada menos que en un reglamento preconstitucional de 1969, derogado hace apenas unos meses mediante el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal). A nuestro juicio, en la eventual reforma del EOMF para adaptarlo al nuevo rol de director de la investigación penal éste será un aspecto sobre el que deberá incidir el legislador para asegurar la imprescindible imparcialidad del órgano durante aquella. Diríamos más, de su correcta configuración final dependerá el éxito de la reforma procesal penal.

En este punto, la figura del FG resulta particularmente polémica habiendo sido profusamente tratada por la doctrina en relación a los principios de autonomía e imparcialidad del Ministerio Fiscal, ya que, en su configuración actual, tiene un marcado carácter partidista. Existen múltiples ejemplos de intromisiones, injerencias y ataques a la imparcialidad de sus agentes. Las mejoras introducidas en la Ley 21/2007, de 9 de octubre, de reforma del EOMF consideramos que han resultado insuficientes, y aunque han de ser valoradas positivamente parecen más reflejar un intento de dar una apariencia de imparcialidad a la institución que una voluntad real de garantizar dicho principio con la suficiente energía. El régimen de las órdenes o instrucciones particulares es un buen ejemplo de lo manifestado. Propugnamos que, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, deberían ser eliminadas para asegurar una imparcialidad fuera de toda duda o cuando menos, fueran sometidas a criterios de transparencia, publicidad o, incluso, por qué no, impugnación ante órganos colegiados de la institución, ya que así se garantizaría la decisión reflexionada, contrastada y con una mejor sujeción a la legalidad.

Las **relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes del Estado** es otra de las cuestiones más debatidas por la doctrina, ya que su ubicación respecto a los mismos, o más correctamente, el tipo de relaciones que mantiene con los mismos, determinará en buena medida la naturaleza jurídica de la institución. Hoy día, la doctrina dominante, con la que convenimos, y que aflora casi de forma intuitiva en una primera aproximación a este órgano, vincula el Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo en términos de colaboración y coordinación, vehiculados en la figura del FG. Éste, en virtud de sus potestades jerárquicas, resulta una correa de transmisión idónea hacia los miembros del órgano para la implementación de la política criminal del Gobierno. Tenemos que objetar a este esquema que, en la esfera orgánica, dado el régimen de nombramientos de altos cargos en la carrera fiscal y la aplicación del principio de jerarquía, la imparcialidad de la institución sufre un claro menoscabo.

4. Una apreciación en conjunto de **la institución en los países de nuestro entorno**, aunque sea de una manera sucinta, resulta necesaria para contextualizar las características de la misma, porque, al margen de que el fenómeno de convergencia se vea acelerado en tiempos de globalización, es una realidad que el Ministerio Público ofrece una estructura común en todos los países, habiendo tenido sus particulares caracterizaciones una influencia recíproca.

Identificamos así un conjunto de atributos comunes: la vinculación, en mayor o menor medida, del órgano público ejerciente de la acción penal al Poder Ejecutivo -con la excepción de Italia-; en segundo lugar, la actividad que lleva este órgano dirigiendo la investigación oficial del delito (aunque con modulaciones variadas en cada país) -salvo, por el momento, en España-, y en tercer lugar, el uso profuso, por su parte, del principio de oportunidad reglada, igualmente de diversas formas, en el ejercicio de su función.

En el ámbito del Derecho continental, los sistemas estudiados tienen las características recién descritas, pudiéndose destacar las expuestas a continuación. **En el caso de Alemania**, al margen de la peculiar organización de su fiscalía derivada del sistema federal del país, observamos que rige con firmeza el principio de dependencia jerárquica con existencia, incluso, de órdenes particulares, amplios poderes instructorios del Ministerio Fiscal, y, aunque obra el principio de oficialidad, el de oportunidad ha ido abriéndose camino usándose comúnmente. **En Francia**, donde todavía persiste la figura del juez instructor, creación histórica de dicho país, el Ministerio Fiscal goza, no obstante, de potestades investigadoras en la llamada fase preliminar, el principio de jerarquía rige igualmente, y, aunque la regulación francesa no contempla expresamente el principio de oportunidad, éste viene siendo utilizado. **En Portugal**, se observan características similares a las descritas, siendo **Italia**, en este ámbito, el país que presenta una configuración del Ministerio Fiscal más singular debido a recientes circunstancias de tipo histórico. Allí el Ministerio Fiscal, que forma un único cuerpo con la Magistratura, goza de una independencia debidamente garantizada. La consecuencia de ello es la dispersión del órgano y la ausencia del principio de unidad de actuación, problemas a los que se ha tratado de hacer frente mediante reformas legales. El Ministerio Fiscal se encarga, en Italia, de la investigación penal y, aunque no reconocido legalmente, existe margen para la utilización de mecanismos de oportunidad.

En el caso del **derecho anglosajón** es donde las diferencias respecto al Ministerio Fiscal se presentan más notables. En el Reino Unido -exceptuando Escocia- no se puede hablar de un auténtico Ministerio Fiscal en el sentido en que es conocido en el continente, del mismo modo que el sistema judicial presenta grandísimas peculiaridades respecto a aquél. Desde la mentalidad jurídica continental llama la atención que la persecución penal haya sido llevada por los particulares y, desde el siglo XIX, por la Policía, como sigue ocurriendo en la actualidad. Los mecanismos ideados para solucionar las disfunciones y problemas de este sistema (con la creación de la denominada *Crown Prosecution Service*, que ejercita la acción penal y que dispone de mecanismos para avocar los casos ejecutados por la Policía), no han resultado en realidad eficaces. En el sistema inglés -es creación de su propia idiosincrasia jurídica- el principio de oportunidad rige con gran pujanza. El **sistema norteamericano**, aun siendo de raigambre anglosajona, es muy distinto al anterior. La Fiscalía tiene su origen histórico en el mismo siglo XVIII, siendo el protagonista principal de la acción penal, y se encuentra, sin ningún complejo, incrustada en el Poder Ejecutivo. Observamos aquí que, a pesar de lo taxativo de su ubicación, goza de una notable autonomía práctica respecto al Ejecutivo y a las instancias jerárquicas superiores, lo cual nos conduce a pensar que, en muchas ocasiones, mecanismos correctores, o prácticas jurídicas consolidadas, son suficientes para conseguir un propósito sin necesidad de cambios más radicales. Los instrumentos de oportunidad gozan, asimismo, de una gran aceptación en el derecho norteamericano.

Recapitulando, estimamos que, teniendo en cuenta los elementos distintivos del Ministerio Fiscal en los países de nuestro entorno jurídico, en los que la nota de jerarquía en el seno de la institución es casi unánime, con las consecuencias negativas que la misma puede tener en orden

a la debida imparcialidad, deberían **apurarse los mecanismos correctores de aquella para garantizar su objetividad, neutralidad, y desinterés**, requisitos imprescindibles para poder llevar a cabo la investigación penal, y en el concreto ámbito del estudio, para poder operar el mecanismo de oportunidad con las debidas garantías. Yendo más allá, apostaríamos por una drástica corrección en el sistema de designación del FG, así como la articulación de un conjunto de garantías institucionales y orgánicas para asegurar su imparcialidad.

III. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: PRESENTE Y FUTURO.

5. Regresando al proceso penal español y a la actividad investigadora del Ministerio Fiscal desplegada en él, hay que señalar que, a diferencia de los ordenamientos próximos al nuestro, entre las funciones del Ministerio Fiscal no se encuentra la de instruir la causa penal, sino participar en el mismo mediante otras modalidades previstas en la ley que, básicamente, giran en torno a la idea de impulsar el procedimiento para su conclusión. Sin embargo, se puede hablar de un avance gradual de la actividad investigadora por parte del fiscal en el tiempo. En este sentido las diligencias informativas o de investigación, creadas por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, supusieron un importante hito. Mediante ellas se trata de determinar si existen elementos de hecho necesarios para poder ejercitar la acción penal, abarcando cualquier tipo de delito, salvo los privados. En el curso de estas diligencias el fiscal puede adoptar cualquier medida que no sea limitativa de derechos. Además de esta modalidad, que se puede considerar fracasada, la investigación se encuentra plenamente en manos del fiscal en la justicia de menores, a la que posteriormente se hará referencia. Dicha opción ha supuesto la asunción por parte de este órgano, desde hace más de dos décadas, de la investigación penal con un éxito, en este caso, fuera de dudas. Nuestra experiencia propia, habiendo tramitado numerosos expedientes de menores, nos conduce a esta conclusión.

Como se decía, la tendencia a la **asunción del rol investigador del Ministerio Fiscal es una apuesta decidida de los textos prelegales españoles**, tanto del ALECr 2011, el BCPP 2013, como, finalmente, el ALECr 2020. Todos ellos optan por este sistema de instrucción viniendo a consagrar una opinión favorable -aunque, no unánime- de la doctrina y de los operadores jurídicos. En dichos modelos, y con variaciones importantes que se estudian, el juez de garantías no tiene más funciones que las de autorizar medidas restrictivas de derechos y otras actuaciones relacionadas con diversos aspectos procesales. A pesar de ello, consideramos censurable la propuesta de 2013 que, aun manteniendo el mismo paradigma de fiscal investigador que la precedente, aumentó hasta tal punto las prerrogativas del juez que ponía en entredicho el principio acusatorio sobre el que pivotaba la reforma. El ALECr 2020, aprobado por el Consejo de ministros de 24 noviembre de 2020, supone un giro copernicano en el diseño de proceso penal español, introduciendo mecanismos de oportunidad reglada y justicia restaurativa, así como el papel de director de la investigación criminal por parte del Ministerio Fiscal, que requerirá una profunda transformación de su Estatuto orgánico y funcional para poder acomodarse a sus nuevas funciones con las debidas garantías de imparcialidad y legalidad.

IV. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MINISTERIO FISCAL.

6. El presente trabajo ha sido acometido desde el **paradigma de la justicia restaurativa**. Dicho esquema teórico parte de la consustancialidad del conflicto con la naturaleza humana y la búsqueda de su solución mediante un mecanismo de negociación y resolución concertada. Por su alternatividad a los sistemas imperativos y heterocompositivos, culturalmente dominantes, dichos mecanismos han sido denominados autocompositivos y alternativos. Entre ellos se despliegan una panoplia de herramientas tales como la negociación, conciliación, y la mediación, entre los más significativos. La heterocomposición, por el contrario, significa la solución encontrada por un tercero y entre sus modalidades podemos ubicar a la más importante de todas ellas; la jurisdicción, fruto de una creación cultural centenaria y sumamente respetuosa con los derechos y libertades fundamentales, y que forma el modelo característico de los ordenamientos jurídicos modernos. Resulta imprescindible, consideramos, que ese caudal de progreso humano se incorpore a la justicia restaurativa.

En sí la **crisis del sistema penal** no hay que relacionarla en términos causales con el surgimiento de la justicia restaurativa, pero es innegable que aquella realidad tiene una íntima relación con esta. La situación de la justicia en España -no siendo un fenómeno exclusivamente local, puesto que en Europa la situación no es manifiestamente mejor- se sitúa al borde de la quiebra. Ello se pone de manifiesto en forma de dilaciones extraordinarias, saturación del sistema, y desbordamiento de los recursos existentes ante la alta litigiosidad, y, en otro orden de cuestiones, en la existencia de procedimientos inadecuados, parcheados y modificados frecuentemente. En el ámbito penal se produce, además, una paradoja difícil de entender; mientras la Administración de justicia se colmata, la expansión del Derecho penal parece imparable. La doctrina ha descrito, en este sentido, fenómenos como el “derecho penal de emergencia”, o improvisación de la política criminal, en base a criterios demoscópicos, los mismos que justifican un incremento punitivo notable. En paralelo se ha descrito la tendencia denominada “derecho penal del enemigo”, enfocado no tanto a proteger bienes jurídicos valiosos, sino a controlar grupos peligrosos para la seguridad colectiva, pero con una importante disminución de garantías para el infractor.

Observamos que tampoco la **resocialización**, que ha sido constitucionalizada (art. 25.2 CE) como fin primordial de la pena -al menos de la más aflictiva de todas ellas, la privación de libertad- ha resultado, en absoluto, un éxito. Más bien ha sucedido lo contrario. La cárcel es el foco criminógeno más notable de cuantos ambientes quepa imaginar. Nada más alejado de la supuesta finalidad rehabilitadora y resocializadora que la pena debería alcanzar. En otro orden de consideraciones, desde la perspectiva de la víctima, el fracaso de la indemnización resulta palmario en el sistema judicial español, donde, según la propia estadística judicial, solo una pequeña parte de los perjudicados y víctimas consiguen una indemnización adecuada por los daños padecidos.

7. La aparición de las ADR (*alternative dispute resolution*), **mecanismos alternativos de resolución de conflictos**, tuvo lugar en los años 60 del siglo XX, alcanzando plenitud unos veinte años después. La idea germinal en la que descansa esta filosofía, de raíces religiosas, éticas, antropológicas, y filosóficas, y sobre todo humanísticas, considera que las personas son capaces de resolver sus propios conflictos sin necesidad de que un tercero tenga que dirimirlos, reafirmando el principio de autonomía personal. Sus elementos integrantes son las partes, el proceso de diálogo y la solución concertada. Se señala, incluso, que dicha forma de resolución

es más eficaz en muchos aspectos que aquella alcanzada por un tercero, ya que engloba e implica a todos los intervinientes en el conflicto.

Esta teoría se sirve, en su vertiente científico metodológica, de disciplinas tales como la Criminología y la Victimología, pues la víctima es un vector clave en estos mecanismos de resolución de conflictos. Hay amplio consenso en estimar que las técnicas de ADR, centrándonos en el ámbito penal, no pueden ser consideradas una alternativa al sistema de justicia tradicional sino un complemento al mismo, constituyéndose en un sistema a utilizar cuando resulte más indicado pero integrado en el proceso penal y con respeto al sistema de garantías de éste. **La mediación, mecanismo autocompositivo para la gestión y resolución de conflictos que se desarrolla a través de un procedimiento extrajudicial y extraprocésal, es la herramienta más importante de este haz de técnicas.**

Aunque el ámbito del presente trabajo se centra en el Derecho procesal penal y la figura del Ministerio Fiscal en relación con las técnicas de ADR y su evolución normativa en el proceso penal español, sus áreas de introducción han ocupado todas las ramas del ordenamiento jurídico español, siendo la más significativa de ellas la civil. En efecto, el Real Decreto ley 5/2012 de 5 marzo, y la LMACM, ha significado un espaldarazo, sin ambages, a su implantación de este mecanismo de resolución de conflictos con irradiación al resto del ordenamiento jurídico tanto de derecho privado como público.

Las ADR, en el ámbito penal español, se normativizaron con la entrada en vigor de la LORPM, que contempló modalidades de justicia restaurativa en el proceso regulado por ella, lo cual no quiere decir que en la justicia para adultos no se practiquen, desde hace décadas, otras fórmulas de justicia negociada y de mediación, sometidas estas últimas a protocolos particulares. Es más, el volumen efectivo de la justicia negociada es elevadísimo, siendo, a nuestro modo de ver, una de las razones por las que aún se sostenga, con dificultades, el entramado de la Administración de Justicia penal.

La mediación penal es, en efecto, la fórmula más extendida entre las de justicia restaurativa. Responde a una serie de principios tales como la voluntariedad y libre disposición, oficialidad, igualdad, neutralidad e imparcialidad de los mediadores, confidencialidad, flexibilidad, igualdad, contradicción, y gratuidad. De todos ellos conviene subrayar, a nuestro juicio, dos elementos: el de la libertad y la autodeterminación, clave para entender la filosofía de la justicia restaurativa, y el de la oficialidad, ya que este último resulta omnicompreensivo de la gavilla de garantías asimiladas al proceso y que, en el área civil y mercantil han sido normativizados en la LMACM.

Un aspecto de la mediación que nos suscita interés, y que lo aleja de la mecánica de trabajo propia de la heterocomposición, es su carácter comunicacional. Esta circunstancia ha propiciado que existan gran cantidad de herramientas al respecto. Dentro de su gran diversidad encontramos algunos elementos comunes. Existen diversas tipologías de ellas, aunque en todas ellas la comunicación entre las partes, la participación, la reflexión, la búsqueda y encuentro de soluciones reparadoras, son denominadores comunes, como lo es en el aspecto formal, la flexibilidad.

Consideradas las técnicas como un procedimiento practicado en un tiempo determinado, se han descrito una serie de etapas comunes siguiendo la lógica de los principios antes enunciados. La LMACM prevé unas fases desde una perspectiva procedimental, de solicitud,

información, constitución, desarrollo y terminación con o sin acuerdo. Desde el punto de vista de las Ciencias Sociales y Psicología y su ejecución práctica se incide, lógicamente, en los aspectos comunicacionales y emotivos del conflicto para facilitar su resolución fomentando habilidades colaborativas entre los intervinientes mediante abordajes sumamente variados.

Antes de proceder al estudio de la regulación internacional de la mediación, entendemos que procede hacer una breve alusión a sus **ventajas e inconvenientes**, sobre los que existe una copiosa elaboración doctrinal. Se ha apuntado al riesgo de privatización de la justicia penal, eventuales diferencias dependiendo de la capacidad económica del infractor, o la evidente inadecuación de la mediación para todo tipo de infracciones, perjuicios para la víctima, la extensión de la red de control social, y el quebranto de los fines de la pena y de la política criminal del Gobierno. Cada una de estas objeciones tiene su réplica, pero no se puede obviar la razonabilidad de muchos de los inconvenientes a los que se ha aludido. Personalmente estimamos que, aunque no son pocos ni de escasa relevancia los inconvenientes, o más bien riesgos, que puede acarrear la práctica de la mediación penal, el balance entre aquellos y sus ventajas es claramente favorable a la aplicación de esta técnica restaurativa en el ámbito penal. Un argumento, normalmente esgrimido a su favor y no de poca importancia, con el que nos mostramos plenamente de acuerdo, es que, según las estadísticas judiciales, el alto grado de satisfacción de quienes se han sometido a procedimiento de mediación.

En el Derecho comparado, la mediación penal aparece ya mencionada en textos tan antiguos como la Carta de los Derechos Humanos, de 26 de junio de 1945, donde se prevén sistemas de resolución de conflictos negociados. No es este texto el único instrumento internacional que recoge dicho concepto; en las últimas décadas se han ido prodigando, poniendo el foco de atención sobre la figura de la víctima a la que se ha querido dar un protagonismo del que históricamente había carecido. En lo concerniente a nuestro ordenamiento jurídico, ha sido la actividad normativa de la UE la que ha otorgado el impulso más decidido a la justicia restaurativa. La regulación es profusa, pero si tuviésemos que citar un solo instrumento, por su especial relevancia, éste sería la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2012 sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos. Consideramos sumamente positiva esta normativización internacional en favor de fórmulas de justicia restaurativa en la medida que suponen la asunción de un paradigma participativo y humanístico de la justicia, y crea un marco normativo internacional que sirve de punto de partida y referencia para los ordenamientos jurídicos internos, entre ellos el nuestro, donde se observa un avance imparable de aquellos.

En efecto, un repaso por los ordenamientos jurídicos próximos pone de manifiesto dicha tendencia, tanto en los países pertenecientes al *Civil Law*, como al *Common Law*. En este último ámbito es donde la mediación penal ha tenido un desarrollo más pronunciado. Así, EEUU se puede considerar su origen geográfico desde donde sus modelos se ha difundido al resto del mundo, tanto del área anglosajona, como en Canadá, Inglaterra o Nueva Zelanda, así como a países del área continental, donde diversos ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de ejercitar procedimientos de mediación tras el éxito de dicha práctica en el sistema de justicia juvenil.

La víctima, como concepto y sujeto sustancial de la justicia restaurativa, es un elemento de referencia inexcusable en una investigación sobre esta última. Una aproximación histórica a esta figura evidencia su constante cambio, así como un difícil equilibrio con el infractor, con

quien se encuentra en relación recíproca. Consideramos que, a pesar de las definiciones de la víctima, incluso legales, no resulta sencillo ofrecer una descripción incontrovertida de la misma, aunque fácilmente advertimos en ella el sufrimiento injusto de perjuicios, daños, lesiones, y padecimientos de toda índole, consecuencia de una infracción de la legislación penal.

El proceso dinámico por el que se llega a ser víctima ha sido definido como victimización. Provieniendo de él se ha elaborado el concepto de victimización secundaria, referencia que es tenida en cuenta en el diseño de procedimientos y normativas para evitar que la víctima vuelva a sufrir perjuicios distintos a los que sufre derivados del delito, algo, que, a nuestro juicio, resulta esencial para la correcta atención a la víctima.

V. LA VÍCTIMA Y SU ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESTATAL.

8. La víctima, a lo largo de la historia, ha tenido roles diversos: desde un marcado protagonismo inicial en la gestión de la ofensa, hasta su posterior arrinconamiento absoluto. Dicha evolución ha ido en paralelo a la estructuración del poder político, de manera que a mayor concentración de éste el papel de la víctima devenía menos intenso, desprivatizándose el proceso penal, siendo asumido por el poder público y neutralizando a la víctima. Ésta pasa a ser casi un estorbo en desarrollo del proceso, limitado a mostrarse como una mera fuente de información sobre los hechos del delito, el simple sujeto pasivo de éste. Esta postergación radical está muy ligada a la implantación del proceso inquisitivo en cuyo esquema no había lugar para ella. Tampoco las disciplinas surgidas en el siglo XIX, como la Dogmática Penal, de corte positivista, cambiarían esa visión que no llegaría hasta la aparición de la Victimología, una rama surgida de la Criminología. Esta última ciencia, cuyos máximos exponentes se encuadran en la escuela positiva italiana, entronca en la visión positivista de las ciencias sociales y centra su estudio en la figura del infractor, soslayando a la víctima, a la que contempla como un mero elemento accesorio del delito y que no resulta merecedora prácticamente de ninguna atención por su parte. Es la Victimología, la disciplina que ya en el siglo XX, y como fruto de una sensibilidad que se va formando desde finales del siglo anterior y que se plasmó en congresos internacionales que comenzaron por tratar dicho aspecto, la que pone el foco de atención en la víctima que es tratada por una serie de autores desde múltiples enfoques.

Además de esta faceta del nuevo interés académico por el estudio de la víctima, factores de tipo sociológico, tales como las reivindicaciones de minorías oprimidas, movimientos feministas, y procesos de visibilización de abusos de la Administración Pública, hicieron que nuevamente las víctimas fueran contempladas como sujetos dignos de protección. Sin embargo, pensamos que un exceso de protagonismo de la víctima puede generar problemas, incluso, peores de los que supuso su olvido histórico. En las últimas décadas se ha observado que una hiperprotección de éstas puede generar disfunciones tales como su mediatización política en forma de incrementos punitivos, así como una eventual minoración de las garantías del infractor.

La cuestión que nos planteamos al respecto es si una sobredimensión de la víctima en el proceso penal puede erosionar los derechos del infractor, producto de una construcción legal y doctrinal secular. No podemos olvidar, permítasenos la metáfora ajena, que la entrada de la víctima en el proceso penal, supone introducir una brizna de polvo en los delicados engranajes de un reloj. De otro lado, tampoco puede olvidarse que la nueva sensibilidad social considera

como valor positivo que la víctima tenga derecho a hacerse escuchar y plantear sus reivindicaciones en el seno del proceso. La experiencia profesional nos ha hecho ver que, en muchísimas ocasiones, la víctima del delito se encuentra desvalida y maltratada por el aparato judicial, y que, a pesar del gran avance en su estatuto hoy reconocido legalmente, en la práctica, es arrinconada e incluso se considera un estorbo para resolver rápidamente el expediente penal. Participamos de la opinión que encontrar un punto de equilibrio entre ambos conjuntos de derechos, los de la víctima y los del victimario, es posible, y que la efectividad de los de la víctima no tiene por qué suponer merma alguna en los del justiciable, si bien lo honesto es admitir que se trata de un objetivo nada sencillo.

9. Siguiendo el hilo de la anterior consideración, procede referirse al **estatuto jurídico de la víctima y su reflejo normativo**, tanto en el ámbito internacional, como en el europeo y estatal. Se suele señalar como un importante hito de la reconsideración de la víctima la Resolución 40/34 de Asamblea General de la ONU, de 29 noviembre 1985 “*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*”, que abogaba por la participación activa de estas en el proceso penal y la debida atención a sus necesidades restaurativas. La normativa en el seno de la UE se hizo eco de la nueva valoración y, desde finales del pasado siglo, elaboró distintos instrumentos para la protección jurídica de aquella, cuya culminación tuvo lugar con la Decisión marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001: 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, con la intención –fracasada- de crear un marco común en los estados miembros. No obstante, se continuaron promulgando resoluciones y directivas referentes a la protección de víctimas especialmente vulnerables –trata de seres humanos, violencia sobre la mujer, abusos sexuales y explotación de menores, víctimas del terrorismo...-. El nuevo régimen de protección a la víctima vino de la mano de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y Consejo, de 25 octubre 2012, sobre normas mínimas sobre derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos, que sustituyó a la DM 2001/220/JAI ya citada. Este instrumento requiere de los estados miembros un nivel de garantía jurídica mínima para las víctimas, y aunque no tiene aplicabilidad directa, supone un avance muy significativo en el estatus de la víctima en la UE.

Aproximándonos de más cerca a la situación de la víctima en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, reparamos en **su situación en Alemania, Italia, y Francia, dentro de Europa, y en los EEUU**, antes de analizar el *statu quo* en España.

En Alemania, la víctima tiene una escasa participación en el proceso penal, generalmente, como testigo, salvo en cualidad de actor privado en proceso de acción privada para ciertos delitos de naturaleza leve, o como actor accesorio, actuando al lado del Ministerio Fiscal, pero con menos facultades procesales que éste, aunque progresivamente ha ido tomando más relevancia, si bien su función es más bien la de controlar sus reivindicaciones económicas. Finalmente, otra modalidad de participación es constituirse en actor civil dentro del proceso penal.

En el país trasalpino, con un sistema penal verdaderamente adversarial, la víctima no es parte en el proceso, simplemente se la considera sujeto procesal, disponiendo de escasas atribuciones en aquel, entre las que se encuentra ejercitar la acción civil dentro del proceso penal. Una situación tal que ni siquiera se puede homologar al estándar mínimo que estableció la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y Consejo, de 25 octubre 2012.

En Francia, los derechos de la víctima gozan de un régimen mejor que el italiano, pudiendo poner en marcha el procedimiento, debiendo ser informados, intervenir limitadamente en él, y teniendo derecho a ser indemnizado, estando este último aspecto bien diseñado al contar con la existencia organismos públicos que asumirán, en casos graves y cuando el condenado resulte insolvente, la indemnización de forma total o parcial. Para reforzar, aun mejor, su defensa está prevista la figura del Juez de las Víctimas.

Dando un salto a la cultura jurídica del entorno anglosajón, encontramos un punto de partida similar al del derecho continental: el olvido de la víctima. El sistema acusatorio vigente en el Derecho anglosajón supuso la postergación de la víctima, cuya única posibilidad de resarcirse mediante una indemnización consiste en acudir a un juicio civil –aunque hay que matizar que en este ámbito las posibilidades de conseguir indemnización son más amplias que en el derecho continental, incluso condenatorias para terceros-. Hasta fechas muy recientes no se han introducido en el sistema norteamericano mecanismos de participación, más bien modestos, de la víctima. Esto ha tenido lugar a partir de los años 70 del pasado siglo, con la promulgación de leyes federales y estatales que han introducido modalidades protectoras de los derechos de las víctimas, las más importantes de ellas ya en los primeros años del siglo XXI, que plasman una nueva visión de ésta. Dichas mejoras se centran en mayor información, posibilidad de comunicar con el fiscal o el Tribunal, o ser escuchado en algunos trámites y diligencias procesales que les conciernen. También, aunque con intensidad muy variable, las víctimas han comenzado a participar en el mecanismo del *plea bargaining*, una modalidad aplicativa del principio de oportunidad, por la que se despachan prácticamente todas las infracciones penales. Finalmente, aunque existen instituciones nutridas de fondos públicos para ayuda de las víctimas, han demostrado poca eficacia. De todo lo antedicho se deduce, por consiguiente, un balance de fragilidad del estatus de la víctima en el proceso penal; su posición padece una clara debilidad.

Vistos los anteriores ejemplos ilustrativos sobre la situación de la víctima en el proceso penal en el derecho comparado, procede estudiar **el sistema español**. En los últimos años, una serie de leyes han reforzado la posición de las víctimas en el ordenamiento penal español, tales como la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual, o la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección integral contra la violencia de género. Ahora bien, el proceso penal español ofrece una serie de peculiaridades que sostiene un régimen de la víctima y perjudicado realmente singular en el derecho comparado. Nos referimos, fundamentalmente, a la previsión constitucional de que cualquier víctima puede constituirse en parte procesal y actuar contra el imputado, valiéndose, en condiciones de igualdad, de toda una serie de derechos procesales que les confiere tal posición. El soporte de dicha facultad es la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24.1 CE según ha reconocido la jurisprudencia constitucional. Este derecho del ciudadano ha sido catalogado por la doctrina constitucional como un *ius ut procedatur*, o facultad de exigir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento sobre la admisión o rechazo de una pretensión. A esta prerrogativa se une otra circunstancia, también peculiar del ordenamiento español, de que el Ministerio Fiscal, salvo disposición en contrario del interesado, ejercerá la acción civil cuando proceda, junto con la penal. Junto con estos dos institutos rige en el ordenamiento español la obligación de la Administración de Justicia de suministrar información a las víctimas de una serie muy extensa y garantista de notificaciones sobre contenidos procesales sustantivos. Este régimen sumamente favorable a los derechos de las víctimas, no se ha visto modificado por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE)

2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, puesto que se prevé el mantenimiento de aquél.

En síntesis, a nuestro juicio el ordenamiento procesal penal español presenta una clara ventaja respecto a los que se han examinado de países próximos culturalmente, respecto a la posición de la víctima. El régimen, enriquecido con estas mejoras producidas en los últimos años, tiene raigambre histórica y ha alcanzado incluso reconocimiento en la CE, y, sorprendentemente, protege a la víctima de forma más eficaz que los sistemas previstos en otros países, al menos teóricamente, por lo cual no puede sino ser aplaudido. Ahora bien, la realidad evidenciada por estudios y estadísticas judiciales, pone de manifiesto que el grado de cumplimiento de las ejecutorias españolas, en aspectos indemnizatorios, es muy deficiente, por lo que el juicio positivo que nos merece el plano normativo queda arruinado por su aplicación práctica. Nos atrevemos a sugerir que la idea de un organismo nutrido de fondos públicos, a semejanza de los existentes en Francia, que pudiera indemnizar a los perjudicados por infractores insolventes, sería conveniente y ello para ofrecer una garantía de protección realmente eficaz, más allá de las bondades de un diseño procesal respetuoso con los intereses de la víctima. Como conveniente sería, una atención más intensa sobre las ejecutorias penales por jueces y fiscales.

Por consiguiente, se puede concluir que la participación de la víctima en el proceso penal en el ordenamiento español no puede considerarse, bajo nuestro criterio, sino de forma positiva. Ahora bien, no está exenta de dificultades. Problemas tales como hasta dónde ha de llegar el reconocimiento de los hechos, los modos de participación de la víctima en el procedimiento restaurativo, modulaciones a efectuar sobre la voluntariedad y confidencialidad o, particularmente, la controvertida cuestión de qué tipo de infracciones resultan susceptibles de ser sometidas a mecanismos restaurativos, dan prueba de ello. Personalmente, a este último respecto, y aunque hay quien sostiene que, en principio, cualquier tipo de ilícito penal puede ser sometido a estas técnicas, defendemos que la derivación exige un análisis específico de cada caso y una valoración rigurosa para garantizar que los principios de la mediación se cumplen en cada caso en concreto.

10. Como coda de la exposición anterior, resta tratar el modo de la inserción de la mediación, como instrumento más habitual de la justicia restaurativa, en el sistema penal español vigente. Una consideración previa lleva a indagar sobre **los fines de la pena**, como premisa para analizar después la forma de integrar la justicia restaurativa en aquel sistema. Consideramos que la cuestión no es baladí por cuanto resulta esclarecedor conocer cuál es el objetivo de la pena para poder, después, dilucidar si aquél se puede alcanzar por medio de la justicia restaurativa. El tema ha sido objeto de exhaustivo estudio a lo largo de la historia, una cuestión clásica de la Filosofía del Derecho, y ha tenido diferentes respuestas. Las primeras teorías centraron el fin de la pena en la retribución, filósofos como KANT o HEGEL justificaron así la razón de ser de la misma. En un posterior desarrollo doctrinal de la Escuela Positiva, el fin se encontró en la prevención especial, en la individualización de la pena con el objetivo de evitar la reiteración delictiva. En épocas más recientes la finalidad se ha hallado en la resocialización o reinserción del infractor, articulándose mecanismos procesales tales como la sustitución o la suspensión de la pena privativa de libertad para conseguir dicho propósito. Esta última elaboración teórica es la recogida en la CE, que fija tal fin como el prioritario de la pena en su art. 25, como así se contempla también en la Ley y Reglamento penitenciario. En la actualidad, la teoría

predominante propone un enfoque social y justifica la pena en la prevención general positiva, que también se vale de los mecanismos procesales tales como sustituciones, suspensiones, remisión de condena, indulto, etc. para conseguir dicho objetivo.

Es en este marco teórico donde las técnicas de ADR encuentran un nexo de conexión evidente, ya que son idóneas para conseguir los mismos fines que la pena, pero de manera -no siempre y para todos los supuestos, evidentemente- más eficaz. Prestigiosos estudiosos como SEELMANNI, RÖSSNER, ROXIN y HIRSCH han encontrado en esta adecuación del mecanismo restaurativo el puente con que enlazar éste y los fines más comúnmente aceptados de la pena; resocialización y la reinserción.

A pesar de todo lo expresado, estimamos que no cabe soslayar el contenido evidentemente retributivo que tiene la pena. No sólo porque las previsiones normativas del propio ordenamiento penal cuenten implícitamente con la aflicción que conlleva la pena de todo tipo, particularmente la privativa de libertad, o porque la jurisprudencia constitucional entienda que la retribución es otro de los variados aspectos de la pena, sino porque sería tanto como negar el hecho de que el contenido sancionador, modulado como es propio de una democracia liberal impregnada de humanitarismo, sigue siendo la principal herramienta de política criminal para disuadir individual y colectivamente de la comisión de delitos.

11. Surge, pues, la pregunta de cómo se puede relacionar la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal. Se han planteado diversas modalidades en correspondencia a la relación de aquella con los tribunales: de complementariedad, alternatividad o ajenidad, respectivamente. La impronta social que tiene la infracción penal, que va más allá de los intervinientes en ésta, aconseja que la justicia restaurativa no esté fuera del sistema de justicia.

Existen múltiples razones para la conveniencia de la **inserción de la justicia restaurativa en el sistema penal**, de orden económico, practicidad, eficacia, eficiencia, o aquellas relacionadas con la mejor resocialización del delincuente, etc... pero creemos que una visión garantista del Derecho penal pone el acento precisamente en las garantías que el proceso ofrece a los intervinientes y que deben ser respetadas en los mecanismos de justicia restaurativa. Dicho objetivo se consigue mediante la integración de aquél en un procedimiento reglado en que sus requisitos y consecuencias jurídicas queden predeterminadas, evitando los riesgos a los que ya se ha hecho referencia. El mínimo de estas garantías viene recogido en la Directiva 2012/29/UE, que ha sido traspuesta al ordenamiento español en el EVD. Es una opinión consensuada, en gran medida, que la naturaleza de los mecanismos ADR deben ser complementarios y no disyuntivos al sistema de justicia penal, motivo por el que el anclaje en éste resulta necesario.

La inserción no es sencilla y ofrece aspectos problemáticos. Inicialmente cabe no establecer un ámbito de infracciones susceptibles de mediación penal, sino que éstas se decidan, de forma contingente, sometiéndolas a ciertos requisitos para su mediación, o, por otra parte, establecerlo en base a ámbitos delictuales o gravedad de las conductas. De hecho, los dos modelos prelegislativos de 2011 y 2013 optaron por modelos diferentes. Otras cuestiones como la posibilidad de mediación en delitos de riesgo abstracto sin víctima concreta, la violencia de género - el art. 44.5 LVG excluye expresamente de la mediación penal este tipo de delitos - o delitos contra la autoridad, presentan aristas problemáticas. También los derechos y principios del proceso debido pueden verse vulnerados por la aplicación de la mediación. En particular, el choque entre los principios de legalidad y el de oportunidad ha sido intensamente debatido y

quienes defienden su compatibilidad o armonización lo hacen sobre el concepto de oportunidad reglada, una suerte de hibridación para tratar de encajar ambos principios. Pensamos, no obstante, que requerimientos propios del proceso debido como la igualdad de armas, la bilateralidad, el acceso al proceso, o el derecho de defensa, sufren reproches semejantes, aunque queden salvados por previsiones legales que amoldan las garantías procesales con las peculiaridades de la mediación.

En el proceso penal español, como se ha dicho, la justicia restaurativa tan solo se encontraba regulada expresamente en el procedimiento de menores hasta fechas relativamente recientes. En la justicia de adultos, de forma práctica, pero que consideramos inadecuada y coyuntural, se viene practicando de manera paralegal en base a protocolos suscritos por los tribunales y organismos públicos. Paralelamente, la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, introdujo en la justicia penal para adultos fórmulas derivadas del principio de oportunidad previendo el sobreseimiento para delitos leves con la concurrencia de determinados requisitos, no sin generar múltiples problemas interpretativos que trató de solucionar la Circular de la FGE 1/2015, de 22 de julio. Junto a estos instrumentos de oportunidad, se regularon mecanismos de derivación o diversión, como la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80 CP), condicionándolos al cumplimiento de determinados requisitos y con carácter revocable; la conformidad penal, instituto por el cual se ha vehiculado predominantemente la mediación en los distintos tipos de procedimientos y al cual se le ha tratado de dar impulso institucional del que es muestra el Protocolo firmado por la FGE y el Consejo General de la Abogacía española del año 2009, de 22 de junio, o, finalmente, el instituto de la libertad condicional (art. 90 CP), previsto para la fase de ejecución y con repercusiones cuando la pena es ya firme.

Es, en el sistema penal de menores, donde existe una práctica más consolidada y exitosa de la mediación penal, que se ha ido desarrollando durante las décadas que lleva en vigor la LORPM. Esta ley establece un diseño de justicia restaurativa que se puede calificar de satisfactorio. Muy resumidamente, la ley prevé el archivo potestativo por desistimiento por razones de oportunidad (art. 16 LORPM), dados ciertos requisitos concernientes a la escasa gravedad de la infracción, el no uso de violencia o intimidación en las personas, y tratarse de delincuentes primarios, razones muy apropiadas dado el propósito educativo de la acción de la justicia juvenil. En segundo lugar, la ley contempla soluciones extrajudiciales para resolver el expediente de menores, ofreciendo dos modalidades; la mediación por conciliación o reparación (art. 19 LORPM), prevista para delitos menos graves y en que conste la actitud positiva del menor tras un procedimiento gestionado por el Equipo Técnico y con la consecuencia jurídica del sobreseimiento y archivo del expediente, y, por otro lado, el sobreseimiento por suficiencia de reproche o inadecuación de cualquier intervención sobre el menor (art. 27.4 LORPM), si bien esta segunda modalidad se interpreta de forma restrictiva por el Ministerio Fiscal.

La justicia restaurativa se encuentra también prevista en los proyectos de nuevas LECr españolas, como no podía de ser de otra manera, habida cuenta de las exigencias de la normativa de la UE en tal sentido, ya expresadas en la Decisión Marco 2001/220/AJ y la Directiva 2012/29/UE. Más recientemente, la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal, adoptada por el Comité de Ministros del 3 de octubre de 2018, abogaba por la inserción de la justicia restaurativa en el sistema penal. Hasta el momento y con las excepciones positivizadas aludidas, la mediación penal se ha llevado a cabo en España de forma paralegal mediante protocolos particulares, pero, tanto el ALECr 2011, como el BCPP 2013 introducen, en su articulado, la mediación penal,

aunque desde una perspectiva diferente. La primera vinculada al principio de oportunidad, y la segunda, con un criterio más correcto a nuestro modo de ver, a la justicia restaurativa en general. En ellas el ámbito de aplicación y los momentos para ejercitarla están diseñados con mucha extensión. También en ambas se opta por el principio de oficialidad siendo el órgano judicial y el Ministerio Fiscal los responsables de la misma. Igualmente, la conformidad está potenciada de forma enérgica, pretendiendo oficializar una realidad factual preexistente. Por último, el régimen de la suspensión o interrupción de la prescripción durante la sustanciación del procedimiento de la mediación están tratados en ambos proyectos.

VI. PROCESO PENAL: PRECEDENTES Y TENDENCIAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

12. Podemos encontrar el origen de los sistemas penales continental y anglosajón en un momento determinado y en una institución común: la “ordalía” medieval, condenada por la Iglesia, en el Concilio Laterano, en 1215. Por tal motivo, el poder político se vio en la necesidad de que otro órgano diferente sostuviese la acusación. En este momento surgieron los dos caminos en los que siguen diferenciándose las familias jurídicas de Europa; así en Inglaterra sostener la acusación recayó en los implicados en el delito, por medio de la institución del Jurado, que dio origen al sistema acusatorio, mientras que, en el continente, se optó por el sujeto pasivo del procedimiento, base del sistema inquisitorial, germinando lentamente la figura del Ministerio Fiscal. En una evolución posterior se fue creando un corpus de derechos procesales -constitucionalizados en EEUU muy tempranamente y en Europa a partir de la II Guerra Mundial-. En España, a pesar de que la LECr de 1882 supuso un avance muy significativo respecto a la situación previa al instaurar un proceso oral, público y contradictorio, el modelo quedó lastrado por el fuerte carácter inquisitivo que preveía. En Europa, tras la II Guerra Mundial, este sistema fue abandonado, encargando la investigación del delito al Ministerio Fiscal e instituyendo un juez imparcial de garantías. No ocurrió otro tanto en España, que por la fecha vivía bajo un régimen autoritario. La CE no supuso un cambio inmediato en el proceso penal, que fue paulatinamente modificado de forma intensa para su constitucionalización y su adaptación a los requerimientos del TEDH, su modernización, eficacia, y asimilación de distinta normativa europea, pero que mantuvo, hasta hoy día, el sistema acusatorio mixto o formal. El cúmulo de reformas efectuadas en la ley procesal penal la ha convertido en un texto muy alejado de su modelo inicial, deviniendo, por ello, preteritoria su sustitución por una nueva LECr.

13. Cuando se redactan estas líneas se encuentra en tramitación parlamentaria el ALECr 2020, acordado por Consejo de Ministros de fecha 24 de noviembre de 2014. El eje sobre el que gira la nueva norma procesal es el de los derechos fundamentales, no tanto los principios de jurisdiccionalidad y legalidad, sino el respeto de aquellos. Evidentemente, existen otra serie de razones tales como la instauración de un sistema verdaderamente acusatorio, otras de orden económico y de eficacia, y de adecuación a la lucha contra la moderna criminalidad, o la razón “detonante” cual fue la creación de la Fiscalía Europea y su inserción en el ordenamiento jurídico español. Con todo, la razón más sustancial para el cambio reside en asegurar la garantía procesal de los derechos fundamentales, ya no solo para el imputado, sino, también, para la víctima que ha ido adquiriendo un tratamiento respetuoso antes inimaginable.

Para ello se ha optado por la **atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal**, órgano que, por sus características de especialización, unidad, flexibilidad y organización, se muestra idóneo para tal cometido. Este diseño podría, consideramos, haberse

realizado mucho antes. Lo más razonable hubiese sido en tiempos inmediatos a la promulgación de la CE, pero la realidad es que hemos llegado al siglo XXI con un modelo procesal obsoleto. A pesar de ello, debemos hacer una crítica a los planteamientos halagüeños sobre la bondad de que sea el Ministerio Fiscal el encargado de la investigación penal. Sin negar, en absoluto, las cualidades técnicas del órgano y sus virtudes funcionales y organizativas referentes a su idoneidad para asumir aquella, cabe alegar dos órdenes de objeciones igualmente inhabilitantes para dicha función: su ausencia de imparcialidad real y su dotación de medios adecuados. Por otra parte, la reforma requerirá un esfuerzo sin precedentes de todo orden, económico, organizativo, de esquemas mentales... todo ello en unos tiempos extremadamente inciertos y complicados para mudanza tan importante.

14. La apuesta por un cambio radical de modelo procesal surge de un previo contexto; el de las **reformas se han venido sucediendo en los años precedentes y que apuntan a la dirección que toma el Anteproyecto.** Es preciso, en primer lugar, reparar en que el modelo procesal penal español resulta obsoleto, complicado, con muchas modalidades que no tienen una auténtica razón de ser y que su número debería reducirse y, sobre todo, simplificarse. Sin ánimo exhaustivo, y eligiendo algunos ejemplos ilustrativos, se observa esta tendencia a reformar profundamente el proceso penal español. En primer lugar, podemos centrar la atención en lo manifestado en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia (ALMEP), aprobado por el Consejo de Ministros del 15 de diciembre de 2020. En cierta medida, el Anteproyecto es consecuencia del fracaso de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales, que introdujo reformas que han resultado infructuosas para evitar las dilaciones del procedimiento penal, especialmente el llamado procedimiento por aceptación del decreto del fiscal.

Este Anteproyecto resulta de especial interés desde el objeto de estudio de este trabajo, toda vez que supone la asunción del modelo de la justicia restaurativa con su inserción generalizada en todos los órdenes jurisdiccionales. Su justificación teórica la hallamos en el valor constitucional de la participación, en este caso en la Administración de Justicia, vía la obligatoriedad de fórmulas de la justicia restaurativa. Siendo partidarios de dicha opción, cabe objetar que el sistema de obligatoriedad impuesto choca con una de las características básicas de la justicia restaurativa, la voluntariedad. Por otra parte, cabe preguntarse si el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su modalidad de acceso a la jurisdicción, no queda vulnerado por esta ya que la entorpece en casos en que no exista tal voluntariedad desde un inicio. Hubiese resultado más respetuoso con la tutela judicial efectiva, y favorecedor al mismo tiempo con la justicia restaurativa, un modelo de obligatoriedad mitigada, como existe en otros ordenamientos jurídicos.

Centrándonos en la afectación del Anteproyecto en el orden penal, las modificaciones contempladas son muy moderadas al haber tenido en cuenta que el ALECr se encuentra en tramitación parlamentaria. Además de la mencionada, el Anteproyecto trata de cuestiones tales como la instauración de un sistema más eficaz de requisitorias, o de otro orden de llamamientos judiciales, o centradas en el aumento de la eficacia y la generalización de mecanismos de comunicación electrónica como las actuaciones por videoconferencia, que, a nuestro parecer, pueden poner en riesgo el principio de inmediación, como ya han advertido la doctrina y los operadores jurídicos.

En lo tocante a la justicia restaurativa, apuesta resueltamente por su potenciación, suprimiendo el vigente límite penológico -que en la práctica no se respeta- acomodando la legislación a la realidad existente y dándole así cobertura legal, posibilitando la conformidad de alguno de los acusados cuando los otros no lo desean, o introduciendo una comparecencia para fomentar las conformidades. En principio, estimamos que se trata de mecanismos positivos en orden al fomento de la justicia negociada, aunque el aspecto negativo radica en la existencia de una comparecencia para tratar de llegar a una conformidad que, en las ocasiones en que no tenga éxito, supondrá un incremento de trabajo, en vez de su disminución. Otros aspectos del Anteproyecto son especialmente elogiados; así la ALMEP se ocupa de la justicia negociada en la fase de ejecución, poco normativizada, para robustecerla y hacerla más efectiva, centrándose en el momento inicial de la misma. Hay que objetar, sin embargo, que el régimen de participación de la víctima que contempla el Anteproyecto no cumple siquiera el mínimo establecido por la normativa vigente. Otro aspecto destacable sobre el que el Anteproyecto proyecta sombras es la regulación de las actuaciones judiciales por videoconferencia, que, en nuestra opinión, no debería nunca ser la norma sino la excepción, puesto que, a pesar de las indudables mejoras técnicas, el principio de intermediación, en forma de contacto humano directo, resulta fundamental en el trabajo judicial. Un balance conjunto del Anteproyecto conduce a unas conclusiones bifrontes: por un lado, el fomento de las técnicas de solución negociada de la infracción penal es positiva, por otra parte, se corre el riesgo, como advirtió el informe del CGPJ, de arrinconar la función jurisdiccional como el “último remedio” ante el fracaso de otras vías y no como un acceso a la tutela judicial incondicionado.

15. El ALMEP estudiado trata de subvertir la situación de marasmo de la justicia, al no haber conseguido su propósito la Ley 41/2015 ya citada. Un **procedimiento** creado por ésta, el de **aceptación por decreto del fiscal**, puede calificarse de frustrado. Se diseñó en la línea de la asunción creciente de funciones por parte del Ministerio Fiscal, siendo solo posible a su instancia, y buscando nuevamente la agilización procesal, pero sin haberlo conseguido. El decreto del fiscal, conseguido tras una negociación con el infractor, lograba una homologación judicial que lo convertía en una sentencia condenatoria. El ámbito de aplicación era el de la delincuencia menor y, adicionalmente, tenía que cumplir una serie de requisitos, pudiendo incluir la reparación civil. La opinión que nos merece tal instrumento es negativa. A pesar de su supuesto éxito en otros ordenamientos jurídicos, lo cierto es que su configuración en el español ha sido defectuosa, con un diseño que ha pecado de modesto, sin mención alguna a la víctima, que debería tener garantizados sus derechos también en él, y, lo más importante, desechado, en la práctica, porque su pretendida función la cumple, de facto, el sistema establecido para los llamados juicios rápidos que gozan de un régimen de conformidades privilegiado.

16. En el contexto de medidas de todo tipo impulsoras de los mecanismos de oportunidad que se observan en el panorama procesal español, cabe reparar en las **medidas que la FGE propuso en el contexto de la pandemia de COVID 19** en fechas recientes, en un documento de 24 de abril de 2020, y en consonancia con el RD Ley 16/2020 de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, y no tanto por su significado en términos de eficacia real, dado su carácter programático y de inspiración legal, sino porque subraya la dirección que el Poder Político está imprimiendo en esta materia. En cuanto toca al objeto de este trabajo, el documento de la FGE apuesta por la aplicación del principio de oportunidad penal a través de los mecanismos de las conformidades y de la mediación penal. Resumiendo en lo posible, en su propuesta número 48 aboga *lege ferenda* por la ampliación del ámbito objetivo para las conformidades, la introducción más

generosa de la posibilidad de desistimiento por el Ministerio Fiscal, o la recomendación de la extensión de las conformidades privilegiadas, y en su propuesta número 28 por el impulso de la justicia restaurativa vía la mediación penal intrajudicial. La valoración crítica de dichas propuestas es, a nuestro parecer, positiva, pudiendo plantear únicamente la objeción o reflexión teórica de que una elevación del rango de las penas para efectuar la conformidad, o el privilegio de una penalidad muy beneficiosa, no deberían disuadir al infractor de usar la vía jurisdiccional, optando por una u otra vía con igualdad de condiciones.

17. Otro hito con importancia decisiva en la modificación del proceso penal español lo constituye la creación de la **Fiscalía Europea**. Dicho órgano tiene su origen en el Reglamento de la UE 2017/1939 del Consejo de 12 octubre, que estableció un mecanismo de cooperación reforzada para su creación, desarrollado posteriormente por un Reglamento interno de 12 de octubre de 2020. El órgano desarrolla su ámbito de competencia para la investigación y persecución penal de infracciones a bienes jurídicos de titularidad europea, en concreto, aquellos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión. Se pretende dar una mayor eficacia a la persecución penal mediante una Fiscalía Europea que investigue y ejercite la acción penal por esas infracciones, determinando un sistema de competencias compartidas con las autoridades nacionales. Muy sucintamente, su estructura consta de una organización central integrada por el Fiscal General Europeo, una serie de órganos centrales y de una organización descentralizada consistente en un fiscal delegado europeo en cada estado miembro. La Fiscalía europea goza de independencia orgánica y funcional y de garantías para ello, y solo rinde cuentas a las instituciones de la UE cuyos intereses conjuntos defiende. En su ámbito rige el principio de jerarquía, con la lógica finalidad de servir a la unidad de actuación.

Aunque en cuanto a su funcionamiento el instrumento afirma que no afectará al modo en que cada estado miembro se organicen las investigaciones penales, lo cierto es que sí ha resultado necesario acomodar el proceso español a las exigencias del Reglamento, y tal adaptación se ha efectuado por la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 octubre 2017, con la instauración de un nuevo tipo de proceso, amoldado al principio acusatorio que rige en aquél, con el esquema de un Ministerio Fiscal que dirige la investigación oficial y un Juez de Garantías. La Fiscalía Europea en España tiene un ámbito de actuación diferente a la española, llamando la atención el derecho de avocación de la primera, y actúa independientemente a ésta. Ambas deben obrar en cooperación leal y dispensarse respeto mutuo.

VII. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LAS REFORMAS PROCESALES.

18. La **potenciación del principio de oportunidad penal y la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal** son dos ejes fundamentales de las reformas previstas en los textos prelegales de 2011 y 2013 y en el actual texto del ALECr 2020. En los últimos años el proceso penal español ha sido objeto de sucesivas reformas que responden a dos órdenes de razones: los teóricos o dogmáticos, que se centran en exigencia de acomodo a la CE, a la normativa europea, y a la doctrina del TC y del TEDH del proceso español, y los de tipo práctico, que buscan atajar los males endémicos de la Administración de Justicia; lentitud, ineficacia y saturación litigiosa. Este último núcleo de motivos es realmente el más decisivo -la misma terminología y las Exposiciones de Motivos de las leyes al respecto así lo subrayan- y se identifica comúnmente con las **dilaciones indebidas**, que incumplen el deber de los estados de garantizar que las causas se resuelvan dentro de un plazo razonable (art. 6.1 del CEDH). La

doctrina ha tratado de perfilar los contornos de lo considerado plazo razonable, y, a pesar de que está sometido a factores variables, no ofrece duda que resulta inadmisibles, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, una tardanza desmesurada en la resolución de las causas penales. Las dilaciones han sido muy estudiadas por la doctrina y aunque no hay unanimidad en cuanto a sus causas ni soluciones, se suelen mencionar las de carácter endógeno al proceso, tales como peculiaridades propias del proceso español (acumulación de acción civil y penal o posibilidad de existencia de varias acusaciones, o la forma de practicar las diligencias de prueba, entre otras) y otras exógenas, normalmente concernientes a la falta de recursos, alta litigiosidad, y escasez de jueces y fiscales. Es muy discutible, desde nuestra perspectiva, que instituciones tan encomiables como la acusación popular -constitucionalizada y sin parangón en el derecho comparado-, la particular, esta de configuración legal, o la acumulación de acciones, sean las causantes del colapso judicial penal. Sinceramente, lo dudamos. Al contrario, suponen un ejemplo de la plasmación del principio democrático en la Administración de justicia, una herramienta muy útil contra la inacción de una acusación pública mediatizada por el poder político, y, en el caso de la acumulación de acciones, un instrumento de economía procesal.

Para paliar las dilaciones se han venido instaurado plazos procesales rigurosos: así la Ley 41/2015, de 5 de octubre, cuya denominación indicaba su objetivo de agilizar la justicia penal, estableció unos plazos de instrucción que supusieron un calvario para la Administración de Justicia. La valoración que podemos realizar sobre el establecimiento de unos plazos para tal menester no puede ser sino favorable. Ahora bien, si el plazo no viene acompañado de una infraestructura adecuada para que se pueda realmente cumplir -como suele ocurrir con tantas reformas procesales- no supone sino otra piedra más en el camino de la Administración de Justicia, y puede generar peligrosos ámbitos de impunidad precisamente en la delincuencia más nociva para la sociedad. El estrepitoso fracaso de los plazos establecidos por la ley señalada obligó a su derogación y sustitución por Ley 2/2020, de 27 de julio, expresamente promulgada para ello.

El **fomento del principio de oportunidad penal** es una de las ideas predominantes de las reformas de los textos prelegales y del ALECr 2020. Los tres textos incorporan este principio, así como fórmulas de justicia restaurativa. Si observamos la realidad procesal penal española llegamos a una conclusión paradójica, un tanto esquizofrénica: este principio tiene una débil plasmación positiva, y sin embargo una desmesurada utilización práctica. ¿Cómo se explica esta contradicción? Creemos entrever, detrás de su utilización, varios motivos no muy publicitados: su uso es la válvula de escape de un sistema saturado y que no funcionaría sin herramientas como las conformidades, y su práctica, en términos de ahorro económico, es rentable. De hecho, según estadísticas judiciales, particularmente en los procedimientos abreviados y los denominados juicios rápidos, que disfrutan de un sistema de conformidad premial, la mitad aproximadamente de las causas terminan anticipadamente por justicia negociada.

Esta promoción de la oportunidad penal viene recogida desde hace décadas en instrumentos de legalidad internacional y de la UE y es una práctica generalizada en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, advirtiéndose la misma dicotomía que en el caso español, es decir, en ellos rige el principio de oficialidad, pero su utilización es muy difusa. En el ordenamiento español el instrumento más poderoso del principio de oportunidad es el **instituto de la conformidad**, de naturaleza compleja, pero que supone la manifestación más clara de la justicia negociada. Tuvo su entrada en el procedimiento penal mediante la LO

7/1998, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado, y se consolidó y expandió fuertemente tras la promulgación de la LO 38/2002, de 24 de octubre, que instauró el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, estableciendo un régimen de conformidad privilegiada (reducción en un tercio sobre cualquier tipo de pena pactada).

El régimen de la conformidad en el ordenamiento jurídico español varía en relación al tipo de procedimiento de que se trate, pero, en general, todos participan de unas características comunes. Cabe durante la instrucción o en el juicio oral, está sometido a límites penológicos (teóricamente), y precisa del consentimiento libre, informado, y voluntario del imputado, no se admite la conformidad sólo de algún encausado cuando existen varios -salvo la posibilidad, difícil, de poder discernir comportamientos individuales-, y el juez mantiene cierto control sobre la corrección de la calificación jurídica, la procedencia de la pena y la libertad y voluntariedad del consentimiento del encausado, de suerte que de no pasar su control puede ordenar la continuación de la causa.

La FGE ha elaborado una doctrina sobre las conformidades para solucionar la problemática que pueden suscitar, siendo la más relevante en este sentido su Instrucción 2/2009, y ha suscrito con el Consejo General de la Abogacía Española, un protocolo para la promoción de aquellas. La conclusión más relevante que extraemos de dicho instrumento es la preocupación de la FGE por la finalización del procedimiento con la mayor anticipación posible a la vista oral, al señalar como males de las conformidades obtenidas en ese momento procesal una serie de inconvenientes que pretende vehementemente eliminar. El protocolo contempla una serie de órganos y mecanismos de coordinación y colaboración para conseguir el propósito aludido. Ahora bien, después del largo tiempo transcurrido desde su firma se puede verificar su fracaso: hoy día, según la estadística judicial y las memorias del órgano, la mayor parte de las conformidades siguen obteniéndose en el mismo momento de la vista oral. Formarse un criterio en relación al instituto de la conformidad requiere hacerse ciertas preguntas sobre el principio de oportunidad.

Cumple, pararse a analizar pues, desde un punto de vista crítico, **algunos aspectos señalados como negativos del principio de oportunidad**. Dogmáticamente el principio de legalidad penal, constitucionalizado en el art. 124.2 CE, y el de oportunidad penal, apenas pergeñado legalmente, son antagónicos: ambos responden además a dos concepciones que pueden describirse como opuestas; la expresión de la legalidad y la oficialidad, y la idea del consenso, respectivamente. Ambos tratan de construir dos verdades diferentes; la legalidad penal, la real, la oficial, y la oportunidad, la verdad formal para las partes. Se ha solido aludir a algunas ventajas de la oportunidad; su menor efecto criminógeno, la mejor tutela de las víctimas, la mejor resocialización del imputado... así como algunas desventajas. Bajo nuestro criterio, sin embargo, el mayor peligro de la profusión indiscriminada del principio de oportunidad reglada sería, en caso de una mala configuración y praxis del marco regulador, la lesión al derecho al juicio justo que supondría la dificultad de acceso a la jurisdicción por privilegiar aquella en detrimento de éste. Un planteamiento utópico, alejado de la realidad masificada y cuasi industrial de la Justicia penal, nos inclinaría definitivamente por el principio de legalidad, pero el realismo exige el ejercicio de la oportunidad, eso sí, modulada en la medida de lo posible.

VII. PROBLEMÁTICA SOBRE EL FISCAL INVESTIGADOR.

19. La investigación oficial dirigida por el Ministerio Fiscal es una opción de entre las posibles en cuanto a eventuales órganos públicos que podrían encargarse de la misma, aunque encomendársela al juez de instrucción es igualmente constitucional, como declaró la STC 41/1998, de 24 de febrero. Ahora bien, además de disfunciones teóricas, esta última opción acarrea problemas observados por la doctrina tales como la contaminación del juez durante la instrucción y, lo que no resulta menos negativo, la sobrevaloración de la prueba practicada bajo su férula. Como se ha indicado, la asunción paulatina de funciones investigadoras por parte del Ministerio Fiscal español y su papel cada vez más relevante en el proceso penal es una tendencia constante de las reformas de las últimas décadas; desde las diligencias de investigación del artículo 5 del EOMF, pasando por su papel fundamental en los juicios rápidos, o en el procedimiento abreviado hasta el culmen en tal sentido, producido por la asunción plena del rol investigador en la LORPM. Este papel ha sido, en general, bien acogido por la mayor parte de la doctrina y de las altas cúpulas de la carrera fiscal.

Estimamos que, en general y en el plano teórico, la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación goza de un acomodo más respetuoso con el modelo acusatorio que la del juez de instrucción, además de otras ventajas de tipo funcional y organizativo de la institución, tales como su flexibilidad, cualificación técnica, especialización, unidad de criterio, o, sintonía con las misiones que le son propias, como la defensa de las víctimas, la legalidad o los derechos fundamentales, como predica la CE y el EOMF. Su configuración constitucional y legal atribuye a dicho órgano imparcialidad, objetividad, neutralidad, y sujeción estricta a la legalidad, amén de otras cualidades como la de erigirse en protector del interés social, de la justicia, de los derechos fundamentales, y de aquellos de las víctimas.

En el plano práctico, consideramos, la discusión es distinta. La crítica, que es todo menos original, pero con la que coincidimos plenamente, se centra en los vínculos entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal. Se puede convenir que en la inmensa mayoría de los asuntos que despachan los fiscales no hay ningún tipo de injerencia o interferencia del poder político, pero es, precisamente, en la llamada criminalidad gubernativa o relacionada con el Poder Político en sus más variadas manifestaciones y planos, con un efecto demoledor sobre la credibilidad del sistema penal, donde aquella opera. Basta repasar escándalos de esa naturaleza para dudar de la imparcialidad del órgano. Es cierto que se han mejorado los mecanismos de discrepancia, al menos legislativamente, pero sigue siendo paladinamente cierto que la cadena de jerarquía mantiene toda su fuerza y el FG puede finalmente imponer su criterio. Otro problema, no de menor calado, pero sí de más fácil solución con mecanismos adecuados de fomento del derecho de defensa, es la desigualdad material entre una institución del Estado dotada de poderosos medios, y el justiciable. Aun habiendo considerado la jurisprudencia constitucional que la igualdad entre partes ha de ser sustancial y no absoluta, y que es variable dependiendo de las distintas fases del proceso, hay que sostener desde nuestro punto de vista, que el derecho de defensa ha de estar asegurado, como garantía estructural del proceso, en todo momento: desde el inmediatamente posterior a la detención hasta que la pena quede extinta. Es de remarcar que este derecho comprende, de forma especial, el acceso sin restricciones a todo el material obrante en las actuaciones.

No obstante, y bajo nuestro criterio, si la reforma topa con algún obstáculo que pueda hacerla fracasar éste es de orden económico. Un único dato sirve para apoyar esta afirmación: mientras en Europa -donde dirige la investigación penal- la media de fiscales por 100.000 habitantes es de 11, en España no llega a la mitad. La estimación da una idea del esfuerzo financiero que supondría al Estado transformar la institución para convertirla en el órgano director de la investigación penal.

20. Resulta preciso, por otra parte, referirse, en una aproximación general, al tipo de **diligencias que podrá practicar el fiscal en el nuevo modelo procesal** siendo el director de la investigación. La clave de un buen diseño en este sentido, entendemos que será el equilibrio entre las garantías del justiciable y el impulso a la investigación en términos de eficacia y celeridad. A este respecto los textos prelegislativos han previsto esquemas diferentes de participación del Ministerio Fiscal en la investigación. En las **inspecciones y registros corporales** el criterio clave para determinar quién puede acordarlas será el grado de intrusión en el derecho fundamental correspondiente, algunos de ellos con reserva constitucional para el órgano judicial. Los contornos de dichos derechos han sido determinados por el TC y el TEDH, que han establecido unos altos niveles de garantía; a modo de ejemplo, las inspecciones corporales leves son practicables por la Policía, mientras que las que suponen una intromisión grave en un derecho fundamental tienen que ser acordadas por el juez de garantías. Por otra parte, las intervenciones corporales, sin reserva constitucional a favor del juez, tienen un régimen diferente en los proyectos de 2011 y 2013: en el primero de ellos se distingue entre la intensidad de la afectación del derecho para determinar quién ha de autorizar su práctica, en el segundo texto no se hace distinción correspondiendo al juez de garantías con la excepción de aquellas que suponen una mínima injerencia, cuentan con el consentimiento del afectado, y que puede autorizar el fiscal. El régimen que recoge el ALECr 2020, y que acopia las aportaciones de la jurisprudencia constitucional, deja en manos del fiscal únicamente aquellos con un grado de intensidad realmente bajo, caso de las venopunciones y punciones digitales.

La **recogida y conservación de muestras biológicas** precisan, en los proyectos prelegislativos -entre ellos el ALECr 2020-, de autorización judicial salvo supuestos de urgencia en que la Policía puede encargarse de ello. En este sentido, se ha observado discrepancia entre el TC y el TEDH que prima el derecho a la intimidad al considerar dichos datos como de carácter personal. La **entrada y registro** de lugares y efectos goza en España de reserva constitucional a favor del órgano judicial (art. 18.2 CE), una característica propia de nuestro sistema constitucional, por lo que el Ministerio Fiscal no sería competente para acordarla, como desde razones de celeridad y eficacia hubiera sido deseable de no existir dicha previsión.

Otro tanto ocurre con la **intervención de las comunicaciones** reservada por la CE (art. 18.3), a decisión judicial y con la sola salvedad de supuestos de urgencia en casos de terrorismo, sometida a inmediata ratificación judicial (arts. 52.2 CE y 579.3 LECr). Para esta diligencia el régimen del ALECr 2020 es especialmente garantista y restrictivo, acotando la misma solo a delitos graves y sometida a un régimen riguroso en cuanto a su ejercicio y utilización posterior.

En cuanto a las **medidas cautelares**, dirigidas a evitar los posibles obstáculos al desarrollo de la investigación y garantizar el cumplimiento de la eventual resolución, y campo en que la actividad del Ministerio Fiscal podría haber resultado importante para apuntalar la celeridad y eficacia procesal, en general, su adopción es atribuida al órgano judicial.

Consideramos que, dada la caracterización del Ministerio Fiscal como órgano imparcial y que opera conforme al principio de legalidad, un diseño más eficaz del proceso penal debería haberle dado un margen mayor de aquellas medidas cautelares no sometidas a reserva constitucional a favor del juez, aun reconociendo que encontrar el punto de equilibrio entre el nivel idóneo de garantía y la rapidez y eficacia en la persecución del delito no es tarea fácil. Las medidas cautelares de carácter personal, por el ámbito de derechos fundamentales a que conciernen -libertad, circulación, intimidad, fundamentalmente-, disponen de reserva constitucional a favor del juez, siendo paradigmática la prisión provisional (art. 17.2 CE), existiendo la previsión de un procedimiento de Habeas Corpus (art. 17.4 CE y LO 6/1984). Se trata ésta de una medida muy perfilada por la jurisprudencia constitucional y del TEDH, cuyo corpus doctrinal se ha incorporado al ALECr 2020, construyendo un régimen muy garantista en este tipo de medidas, que, muy sintéticamente, se asienta sobre el total acceso a los elementos determinantes que fundamentan su adopción para asegurar el derecho pleno de defensa, el control periódico de la medida, y la plasmación del concepto de imparcialidad objetiva aplicada al órgano que toma la decisión sobre la medida.

En relación a las medidas cautelares sobre otro tipo de derechos, éstas forman un grupo muy heterogéneo, siendo buen ejemplo las contempladas en los arts. 48 y 57 CP. En principio, pensamos, no deberían ser siempre acordadas por el órgano judicial, puesto que no conciernen en todo caso a derechos de naturaleza fundamental. Así, un buen conjunto de ellas afectan a derechos reales para aseguramiento patrimonial de las consecuencias de la pena, comiso de efectos, bienes y ganancias provenientes del delito, y que siguen en los proyectos estudiados un régimen de autorización judicial similar al actual: de *lege ferenda*, y por las razones ya expresadas, tratándose de derechos sin reserva constitucional creemos que debería poder el Ministerio Fiscal decretar las mismas, como igualmente deberían serlo las de este carácter acordadas para el aseguramiento patrimonial de la responsabilidad civil derivada del delito, particularidad del proceso penal español que, a la vista de la Decisión Marco de Consejo de 15 de marzo de 2001, y que recoge esta previsión, y de las razones expuestas, no puede sino calificarse de muy positiva.

VIII. JUSTICIA RESTAURATIVA Y ANTEPROYECTOS LEGALES.

21. El prelegislador español ha decidido **introducir la justicia restaurativa** en el ALECr 2011 y en el BCPP 2013, en el proceso penal, como una herramienta para conseguir la resolución de conflictos en el marco de un procedimiento reglado y garantista. Un primer examen al marco general de ambos textos, y centrándonos en el objeto de estudio de este trabajo, marca **dos esquemas diferentes** en cuanto a la actividad del Ministerio Fiscal. El más antiguo representa un sistema muy favorable a la participación del fiscal en el proceso, sus decretos son solo impugnables al juez de garantías en supuestos de denegación de prueba, y goza de una amplia autonomía para acordar diligencias de investigación. Por el contrario, el texto de 2013 es mucho más restrictivo con estas facultades y menos proclive a su toma de decisiones.

En el modelo del 2011, presenta un diseño procesal, bajo nuestro punto de vista, sumamente positivo: el juez se encuentra aislado de la investigación que dirige el Ministerio Fiscal y su papel consiste en dirimir las controversias entre las partes, conformándolo como un auténtico órgano de garantía de los derechos fundamentales con capacidad de control. La fase de investigación está pensada en su modelo de tal forma que resulte rápida, con introducción del

principio de oportunidad reglada y del mecanismo de la mediación. Las impugnaciones a las decisiones del fiscal están centradas en un único momento final de la investigación, precisamente, para imprimir celeridad a ésta. La justicia restaurativa se enfoca al objetivo de servir de instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado. La mediación penal se encuentra también específicamente contemplada con sus tradicionales requisitos de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad, asignando a la finalización con éxito de la misma la consecuencia del archivo de la causa por razones de oportunidad o imposición de reglas de conducta, o, a través de las reglas obtenidas a través de la conformidad.

El BCPP 2013, creado por Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2012, introduce, también, aunque de manera diferente, el principio de oportunidad y la mediación penal. Una comparación inicial con el texto precedente, estimamos arroja una perspectiva diferente sobre el fiscal. Se puede suscribir la descripción que, en relación a esta figura, la comparaba con un enlace entre el jefe de la Policía y el Tribunal de Garantías. En efecto, la posibilidad de recurrir, y no en un único momento final, prácticamente todas las decisiones del fiscal y el hecho de que éstas necesiten, casi sin excepción, de autorización del órgano judicial, hacían que el modelo resultase poco ágil. Como se señalaba, acogía el principio de oportunidad con condiciones o sin ellas, y con gran capacidad del fiscal para tal menester, aunque acordado por el tribunal. La mediación y la justicia negociada se potenciaban, también, generalizando su aplicación, extendiendo la conformidad premial y pudiéndose efectuar en cualquier fase procesal, con un control por parte del llamado tribunal de la conformidad. A este respecto cabe resaltar el denominado incidente de control de la conformidad por extensión de la pena, un mecanismo previsto para forzar por parte del fiscal una conformidad cuando la acusación popular o particular dificultaba una que resultaba razonable.

La valoración que se puede hacer sobre el modelo de mediación penal diseñado por el BCPP 2013, es, como ha observado la doctrina, conclusión que se compartimos, francamente negativa. Se ha mantenido, incluso, que su carácter incompleto, defectuoso, incoherente y confuso en cuanto a la regulación de la mediación, es tal, que da la impresión de haber sido introducido precipitadamente como compromiso de última hora. Su conceptualización de conflicto entre ofendido e infractor, o su concepción simultánea al proceso y no complemento del mismo, son ejemplos de su confusión conceptual, como lo son de sus carencias la falta de delimitación el ámbito objetivo y subjetivo de la mediación, la ausencia de regulación de la prescripción durante el procedimiento, y, lo que resulta sumamente criticable, su remisión genérica a la LMACM, como complemento de la ley procesal penal. No obstante, cuenta con aciertos en esta materia tales como el carácter intrajudicial e intraprocesal que imprime al mecanismo mediador.

22. El ALECr 2020 viene a suponer la **culminación del camino realizado por los modelos precedentes** que no llegaron a pasar de su fase inicial. Si bien el sistema procesal penal español, tras su remodelación para adaptarlo a la CE, la jurisprudencia constitucional, la del TEDH, y TUEJ, y la normativa de la UE, resulta homologable al de los países democráticos de nuestro entorno, la necesidad de la sustitución de la vieja LECr por una nueva, consideramos que resulta evidente. Uno de sus pilares es la dirección de la investigación penal por parte del Ministerio Fiscal (art. 521.1), aunque, como se verá, resulta una función un tanto deslavazada por las excesivas funciones que sigue conservando el órgano judicial.

Estudiando el proceso ideado por el ALECr 2020 observamos que consta de una fase de **investigación preliminar** que corresponde a la Policía Judicial y una fase propiamente de investigación que corresponde al Ministerio Fiscal. Un aspecto muy positivo del Anteproyecto es el amplísimo derecho de información del investigado, siguiendo la Directiva 2012/13 UE del Parlamento y Consejo, 22 de mayo del 2012, aun así, no conviene olvidar que se tienen que tener en cuenta dos bienes jurídicos a equilibrar: la efectividad en la averiguación del delito y el derecho de defensa, modulándose ambos durante el procedimiento. Una cuestión clave del Anteproyecto es el valor probatorio nulo de las pruebas practicadas en la fase de investigación. Sólo aquellas practicadas en incidente probatorio ante la autoridad judicial tendrán tal atributo. Dicha previsión no puede sino considerarse positiva, pero este principio, no obstante, debe ser matizado según la jurisprudencia del TS y TC, ya que tiene que tenerse en cuenta su valor cuando su práctica posterior deviene imposible y esto no va a cambiar con la nueva LECr. Cuando menos, como declaración de principios merece nuestros elogios.

Cabe resaltar dos aspectos, uno a nuestro entender negativo y otro positivo, del ALECr 2020. Uno hace relación a la regulación de la **identificación fotográfica y videográfica**, que, de no resultar modificada durante su tramitación parlamentaria, creará un espacio de impunidad amplísimo. Se trata de un supuesto de prueba tasada, que más allá de su procedencia -por ir en contra del principio de libertad de apreciación del tribunal- está configurado sin tener en cuenta la realidad de la investigación criminal y de los avances tecnológicos. Numerosos delitos contra bienes jurídicos de primera magnitud quedarían impunes si se restringiera la virtualidad de una prueba como ésta que, con la proliferación de grabaciones de todo orden, se ha constituido en una herramienta fundamental en la lucha contra la delincuencia. El aspecto positivo, que estimamos un acierto, lo observamos en la **renuncia del ALECr 2020 a fijar un plazo de instrucción apriorístico**, contemplando con prudencia un sistema en que, genéricamente, se invoca que ha de ser solo el estrictamente necesario, fijando mecanismos para su control en base a la complejidad del asunto y el comportamiento procesal de las partes, un contrapeso que juzgamos también necesario para evitar abusos.

Otras apreciaciones críticas que podemos achacar al modelo de Ministerio Fiscal investigador, se centran no tanto en este órgano sino en la influencia negativa que tiene sobre sus funciones las excesivas de que dispone el juez de garantías, incluso, llegando a dotarlo de cierto sesgo indagatorio, pues considerando la naturaleza pre-procesal de la investigación cuyo objeto es esclarecer hechos y personas responsables de la infracción para considerar si se ejercita o no la acción penal, y considerando el nulo valor probatorio de tales diligencias, lo lógico hubiese sido atribuir al fiscal una mayor autonomía, limitada sólo por el control del juez sobre la esfera de las intromisiones en los derechos fundamentales. Por el contrario, la profusión de funciones atribuidas al juez de garantías hace que éste, al ir tomando decisiones sobre una investigación -particularmente tras la opción del ALECr 2020 por un modelo concentrado de juez de garantías-, quede, de algún modo, condicionado al ir conociendo un asunto particular formándose un juicio sobre el mismo. Hubiese sido más deseable optar, para evitar este peligro, por un modelo desconcentrado o difuso, o bien establecer la distinción entre juez de las medidas cautelares, de garantías, y de la acusación.

Un aspecto nos llama poderosamente la atención, creándonos cierta perplejidad y acrecentado por haber desarrollado actividad profesional en la jurisdicción de menores: que el diseño de la instrucción en manos del fiscal no se haya basado en dicho modelo. Se trata de un esquema en que el fiscal dirige la investigación y que ha venido funcionando correctamente

durante varias décadas atesorando una valiosa experiencia. Paradójicamente, dicho ejemplo no ha sido, ni formal, ni materialmente, tenido en consideración para el diseño de la nueva función investigadora del Ministerio Fiscal, no siendo ni siquiera mencionado en el ALECr 2020.

El otro vértice del ALECr 2020 en la materia de este estudio, es la plena **positivización del principio de oportunidad** en varias de sus manifestaciones, clarificando el panorama actual, lo cual merece ser calificado de sumamente satisfactorio. La conformidad se extiende de forma importante; su ámbito objetivo se acomoda a cualquier delito y cualquier pena – asumiendo así la actitud realista de uncir realidad y previsión legal-, crea un órgano específico para controlar las conformidades, el juez de la conformidad, y, finalmente, exige la conformidad de todos los imputados en casos de coautorías, resolviendo así una cuestión jurisprudencialmente compleja y controvertida. El Anteproyecto regula, también, la justicia restaurativa, en que el Ministerio Fiscal detenta un papel preponderante, ya que es el facultado para realizar la derivación considerando una serie de circunstancias sobre el hecho, el ofensor y la víctima, y prevé como consecuencias de un eventual acuerdo el archivo por oportunidad, la conformidad o incluso su planteamiento en la fase oral. Se echan en falta, posiblemente, unos criterios más explícitos para ponderar la conveniencia de la derivación. En todo caso, la atribución al fiscal de un rol tan relevante en la promoción de la justicia restaurativa nos merece el mayor de los encomios. Piénsese que, a diferencia de lo que ocurre con el actual sistema en que cada juez aisladamente puede, o no, ser proclive a fórmulas de derivación, en el caso de un órgano unitario y jerarquizado, como lo es el Ministerio Fiscal, unas pautas de política criminal proclives a la justicia restaurativa serían rápidamente implementadas en todo el sistema judicial. En la tan debatida cuestión, sobre si los delitos de violencia de género deberían o no ser mediables, se sigue el criterio de prohibición taxativa del art. 87 ter 5 de la Ley 1/2004 de 28 diciembre, de protección integral contra la violencia de género. Paradójicamente, la conformidad resulta posible en dichos delitos (art. 87.ter.1 e) LOPJ). Siendo ésta una cuestión muy compleja sobre la que no se puede establecer una afirmación apodíctica, nos inclinamos, y sin ser tajantes en la apreciación, a pensar que, con ciertos condicionantes y en ciertos supuestos, como se ha manifestado algún sector de la doctrina, podría ser incluso beneficiosa la mediación en estos casos.

23. El ALECr 2020 regula la **terminación del procedimiento por razones de oportunidad** en sus arts. 174 a 180. Se trata de una positivación que guarda gran semejanza con la diseñada para los delitos leves en la LO 1/2015 de 23 noviembre, de reforma del CP y que ha sido interpretada muy restrictivamente por el Ministerio Fiscal; habrá que observar si dicha tendencia se consolida tras la entrada en vigor de la nueva LECr. Personalmente, encontramos justificación en dicha tendencia en la mentalidad acusadora, un ethos muy arraigado de los miembros del Ministerio Fiscal y que les requerirá un esfuerzo de acomodación mental al nuevo modelo procesal. El ámbito penológico previsto para la aplicación del principio resulta sorprendentemente alto; hasta dos años de prisión, elevable hasta cinco en ciertos supuestos. Nos referimos, pues, a innumerables delitos en términos estadísticos. La iniciativa parte del fiscal y está sujeta a varios requerimientos (tiempo transcurrido desde la infracción, existencia de mínima culpabilidad y de suficiente reproche ya sufrido por el infractor, que deberían interpretarse de forma alternativa), y a varias prohibiciones (ausencia en supuestos de violencia o intimidación, reincidencia o tratarse de víctimas menores de 13 años, y, por supuesto, delitos de violencia de género). Nos parece que, salvo esta última y con los matices ya expuestos, el resto de las prohibiciones son razonables y casan bien con el espíritu del principio de oportunidad. Se añade, como contrapeso, el requisito de que las diligencias se volverían a

reabrir en caso de nuevo delito siempre que el anterior no hubiese prescrito. El decreto del fiscal acordando el archivo por este motivo es impugnabile por incumplimiento de los elementos reglados. Mediante este instituto resulta posible el archivo de delitos castigados nada menos que hasta con cinco años de prisión (art. 176 ALECr 2020), suspendiéndolos bajo la imposición de alguna o algunas reglas de conducta, condicionándolo a no volver a delinquir y al cumplimiento de aquellas. Cumplidos los requisitos, las diligencias serían archivadas por el juez, con efecto de cosa juzgada. Cabría objetar a este diseño la ausencia de previsión en caso de incumplimientos leves, puesto que no dejan más opción que la reapertura de las diligencias, cuando, quizá, una amonestación, o una variación en la condición podrían solucionar más satisfactoriamente el problema, además de acomodarse mejor al carácter flexible del principio de oportunidad.

Además de las modalidades citadas, el ALECr 2020 prevé dos especiales, cuales son su aplicación para preservar la investigación de una organización criminal (art.178) y por colaboración activa contra una organización de esa naturaleza (art. 179). En el primer caso, se trata de salvaguardar el buen curso de una investigación criminal, supeditada a la aprobación, por el juez, de la petición del Ministerio Fiscal, que tendrá que fundamentar su solicitud en tanto dure el riesgo que es base para el archivo. En el segundo caso resulta notorio el gran ámbito de pena que contempla el supuesto, hasta seis años de prisión, sujeto a ciertos y exigentes requisitos. Ambas modalidades nos inspiran un juicio contradictorio: dicha herramienta se ha mostrado muy útil en otros países para luchar contra poderosas formas de delincuencia organizada, pero si el ejercicio de la oportunidad presenta las dificultades ya mencionadas en la delincuencia común, en este tipo de conductas lo hace en modo superlativo.

El ALECr 2020 establece una novedosa clasificación de los sobreseimientos: los dictados por el Ministerio Fiscal y los acordados por el Juez, éstos últimos con efecto de cosa juzgada. Una modalidad de sobreseimiento es la que conserva el juez durante la investigación si se le solicita por el investigado y aquel considera que los hechos investigados carecen manifiestamente de relevancia penal, cabiendo dicha opción también en la audiencia preliminar. Se trata, así, de evitar eventuales investigaciones con mera intención exploratoria. La previsión nos parece correcta y, por añadidura, una garantía del investigado a no ser perseguido por indagaciones sin fundamento. Ahora bien, puede resultar arriesgado, desde nuestra consideración y encuadrada una correcta política criminal, limitar la facultad del Poder Público a perseguir el delito, cuando el actual régimen establecido en el art. 637 LECr mantiene un equilibrio razonable entre ambos intereses legítimos.

24. La justicia restaurativa se encuentra regulada en los arts. 181 a 185 ALECr 2020, suponiendo su entrada decidida en el ordenamiento jurídico español en la justicia penal de adultos. El Anteproyecto, siguiendo la estela de su precedente de 2011, se refiere a este mecanismo de resolución con la denominación aludida de “justicia restaurativa”, configurándola con sus requisitos habituales, haciendo un hincapié muy especial sobre el derecho de información, requisito esencial para la correcta formación de la voluntad. El Anteproyecto se ocupa de la justicia restaurativa en su Capítulo III, Sección II, Título IV, bajo el epígrafe “Formas especiales de terminación del proceso penal”. Se puede llevar a cabo durante todo el procedimiento, incluso, llegada la fase de enjuiciamiento. La interrupción de la prescripción sólo está contemplada durante la sustanciación de aquella, para los delitos leves. No entendemos que para el resto de los delitos no exista una previsión igual.

Se puede reprochar, a nuestro modo de ver, la ausencia de criterios valorativos para la práctica de la derivación, tales como los que sí existen en los protocolos de mediación actualmente vigentes en distintas Comunidades Autónomas. Parece claro que el prelegislador no los ha considerado, estimando, posiblemente, que la práctica de la fiscalía por medio de circulares e instrucciones irá definiéndolos en la línea de los que vienen siendo ya usados. Opinamos que, dadas las misiones del Ministerio Fiscal como defensor de las víctimas, de los derechos fundamentales, del respeto a la legalidad, y de garante de la consecución de los fines de la pena, **debería implicarse más profundamente en la justicia restaurativa**, a la que debería remitirse una vez verificada la voluntad de las partes de acceder a aquella. Sin embargo, el enfoque actual de las Fiscalías acerca de la justicia restaurativa, es el de contemplarla como una herramienta más del principio de oportunidad penal y derivar el caso a las Oficinas de Asistencia a la víctima con la perspectiva del EVD. Hay que añadir, además, que la eficacia del sistema dependerá en buena medida de la existencia de Equipos de Justicia Restaurativa dentro de la organización institucional, bien de las Comunidades Autónomas o del Ministerio de Justicia, suficientemente dotadas e integradas por profesionales preparados y formados adecuadamente, con presencia de expertos en diversas disciplinas -entre ellas, el Derecho-, y que puedan funcionar con la suficiente flexibilidad.

El balance de la regulación es positivo, particularmente, por tener en consideración la opinión de la víctima, si bien peca de esquemática y se echa en falta la ausencia de criterios valorativos para la práctica de la derivación. Las consecuencias positivas, expresadas en el informe final del procedimiento de mediación, llevarán al fiscal a archivar las diligencias en aplicación del principio de oportunidad, en el modo que se ha visto en los arts. 175 y 176 ALECr, o, a proceder según las reglas de la conformidad. En tal caso, la víctima deberá ser siempre oída. Otra previsión que estimamos un acierto.

25. En último lugar, procede hacer una mención a los **protocolos de mediación penal** que, actualmente, regulan el procedimiento a falta de positivización de este mecanismo. Nos hemos centrado en exponer el vigente en nuestra Comunidad Autónoma Vasca. Como se ha visto, las alusiones legales al mismo no van más allá de indicar su pertinencia y la remisión a normas genéricas de la LMACM, en su caso. Incluso a la vista de la positivización previsible de dicha práctica en el texto legislativo de 2020, su regulación va a quedar ayuna de la suficiente concreción y, consecuentemente, es de prever que tras la eventual entrada en vigor de la nueva LECr los protocolos sigan, tras sus modificaciones pertinentes, siendo necesarios. Por ello consideramos oportuno hacer una breve exposición del protocolo en dicha materia de la Comunidad Autónoma del País Vasco que, por razones profesionales y cercanía geográfica mejor conocemos. Los protocolos de funcionamiento del Servicio de Mediación Intrajudicial del País Vasco cubren la laguna de la regulación específica en torno a la mediación en la justicia penal de adultos, sin amparo legal específico. Tras una experiencia exitosa en el año 2007 en varios juzgados, se extendieron, posteriormente a todas las jurisdicciones, promulgándose el primer protocolo en el año 2012. Este documento, preveía que la mediación se llevaría a cabo por un órgano oficial denominado Servicio de Mediación Intrajudicial (SMI), dependiente de la Dirección de Justicia del Gobierno Vasco.

El ámbito de delitos que el protocolo consideraba mediables era prácticamente total, siendo sus sujetos, tanto personas físicas, como jurídicas. Las consecuencias del éxito del procedimiento se encontraban también previstas en forma de archivo, suspensión-atenuación de la pena, o matizaciones sobre su ejecución. En nuestra opinión, un aspecto positivo que recogía

este instrumento y que no se ha visto en ninguna de las iniciativas prelegislativas, ni en la actual en tramitación, es que establece criterios valorativos para aquilatar la conveniencia de la mediación, remitiéndose, a su vez, a aquellos criterios que pudiera elaborar la Fiscalía.

El acuerdo conllevaba, también, una serie de consecuencias procesales que el protocolo clasificaba según tuviesen lugar antes del juicio oral, o en fase de ejecución de sentencia. En el primer caso, aquél se podía traducir en una calificación conjunta, en un archivo -en caso de delito privado-, la transformación en diligencias urgentes -si resultaba posible-, y más generalmente, en una conformidad. La consecuencia en ejecución de sentencia podía ser la suspensión o la sustitución, modalidad ésta hoy reducida sólo a la prevista en el art. 89 CP.

Con posterioridad a la confección de este Protocolo de 2012, tuvieron lugar una serie muy importante de reformas legales en el ordenamiento español y de nuevos instrumentos en el derecho europeo con implicaciones en la justicia restaurativa. Todo este nuevo corpus legal, especialmente el EVD, tuvo una incidencia directa en el nuevo protocolo de 2019, que supuso la institución de las oficinas de Asistencia a la víctima, como marco donde desarrollar la justicia restaurativa. A él se añadió el balance positivo de los once años de práctica del Protocolo anterior, su alto índice de éxito y, sobre todo, la experiencia acumulada durante todo este periodo. Todo ello a pesar de constatar sombras sobre el servicio de justicia restaurativa, debidas a la muy desigual derivación y la falta de sensibilización de algunos órganos judiciales.

El Protocolo de 2019 acomoda las modificaciones normativas aludidas y tiene también en cuenta la experiencia previa del Servicio. Como en el anterior protocolo, el ámbito delictual que abarca la mediación es extensísimo, excepción ya conocida de la violencia de género, aportando, igualmente, los criterios para proceder a la derivación. Llama la atención la previsión de que, sin la anuencia del fiscal, la derivación no es posible. Consideramos que dar dicha atribución al fiscal, condicionar su visto bueno a la derivación, es tanto como atribuirle un papel predominante en la misma, lo cual casa perfectamente con el papel que va a asumir tras la promulgación de la nueva LECr y podría resultar por tanto beneficioso. Otro aspecto que tenemos que estimar muy positivamente son las diversas técnicas innovadoras que contempla el Protocolo para desarrollar la justicia restaurativa; círculos, conferencia, mediación... Lamentablemente, se encuentran tan solo mencionadas, sin mayor desarrollo, aunque también hay que considerar que su naturaleza flexible puede desaconsejar un encorsetamiento normativo demasiado rígido.

El 27 abril de 2015, el CGPJ y el Gobierno Vasco suscribieron un acuerdo de colaboración para el impulso de la justicia restaurativa que pretendía mejorar sus cauces de comunicación y comprometía al segundo a suministrar medios materiales y humanos para la implementación de la justicia restaurativa y al primero a dar a conocer y promover este mecanismo de justicia entre los jueces por medio de reuniones, sesiones informativas y otros medios. Dos sucesivas prórrogas, el 17 de mayo 2017 y el 11 de abril 2019, han mantenido la vigencia del acuerdo, que, desde nuestra perspectiva favorable a la justicia restaurativa, resulta muy útil, dado el papel central de los jueces en la derivación. En la medida que éstos conozcan y aprecien los beneficios de estas técnicas, la justicia restaurativa se abrirá paso en el sistema judicial. Otro tanto es de prever que ocurra cuando el fiscal sea el que asuma la preeminencia en la derivación en el nuevo sistema procesal penal, por lo que acuerdos de esta naturaleza con la FGE resultarán imprescindibles.

TESIS

El Ministerio Fiscal español ha ido adquiriendo, a través de su desarrollo histórico, unas cotas de autonomía cada vez más relevantes, necesarias para que pueda desarrollar su labor de acuerdo con los principios de imparcialidad y de sujeción a la legalidad. Por otra parte, la justicia restaurativa, particularmente, en su modalidad de mediación, está fraguando, en nuestro ordenamiento jurídico, en el contexto de un impulso internacional y europeo para su implementación en todos los órdenes jurisdiccionales, no siendo una excepción el ámbito penal.

El órgano constitucional promotor de la acción de la justicia y la nueva forma de resolución de conflictos, confluyen en el punto de encuentro creado por el nuevo modelo procesal penal, en que al primero se le otorga la dirección de la investigación penal, y la segunda es positivizada como expresión del principio de oportunidad; estas circunstancias, con modulaciones diversas, se dan en todos los Anteproyectos de LECr previos al actual en tramitación parlamentaria. Por ello, sostenemos que, a diferencia de la situación actual en la que el papel del Ministerio Fiscal es poco menos que irrelevante en la derivación hacia la justicia restaurativa -excepción de la justicia de menores y, con todo, de forma irregular- aquél debería tener una función promocional en ésta, por conseguir, en muchos supuestos, satisfacer más eficazmente los fines de la pena y los intereses de la víctima, cuyo cuidado le está especialmente encomendado al Ministerio Fiscal en el ordenamiento español. Esta no es una faceta intrascendente, pues la experiencia profesional nos ha hecho ver que la víctima, a pesar de lo mucho que se ha mejorado la situación, sigue siendo molesta para el aparato judicial.

Defendemos que en el nuevo rol del Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial, debería informarse, formarse y ejercitar su misión como facilitador de la práctica de técnicas de justicia restaurativa, en particular, de la mediación penal. De *lege ferenda* dicho objetivo debería potenciarse desde la inevitable reforma del Estatuto orgánico de la institución para introducir en ella la facultad promotora del Ministerio Fiscal en esta materia y para configurar al fiscal como un agente generador de espacios favorables a la justicia restaurativa. En tanto se produzca esa eventual modificación los cursos de formación, a semejanza de lo que ocurre entre miembros del Poder Judicial, tendentes a dar a conocer y favorecer la justicia restaurativa, deberían ser impartidos a los fiscales por la FGE. También consideramos que la aplicación por parte del Ministerio Fiscal del principio de oportunidad, vía el archivo de actuaciones, debería ser entendido de forma menos restrictiva a como viene interpretando la FGE.

Adicionalmente, no cabe duda de que para que la mediación tenga éxito en el nuevo modelo, e incluso contando con la adhesión del Ministerio Fiscal a ella, estimamos que sin una dotación de medios humanos y materiales adecuados para constituir unos Servicios intrajudiciales y públicos de mediación, ésta está abocada al fracaso, por mucho que el legislador diseñe mecanismos favorables a su promoción.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *Meditaciones sobre mediación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

AAVV, (Coord. MONJE BALMASEDA, Dirs. LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, MÁRIA PILAR, TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL, ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ), *Estudio sistemático de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio*, Dykinson, Madrid 2016.

AAVV, (Dir. LORENTE, MARTA, VALLEJO, JESÚS), *Manual de Historia del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

AAVV (Dir. CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

AAVV, (Coord. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, ANTONIO, GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER), *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, Dykinson, Madrid 2016.

AAVV, (Dir. SÁNCHEZ-PEDREÑO KENNAIRD, ANTONIO), *Arbitraje*, Francis Lefebvre, Madrid 2015.

AAVV, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Madrid 2021.

ABA CATOIRA, ANA, “La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas”, *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13/2009.

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, “Política criminal falseada y medios de comunicación”, *Revista Teoría y Derecho*, núm. 24/2018.

AFONSO CARRACEDO, ADRIANA NOEL, “La atenuante por reparación del daño”, AAVV, SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA, *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La víctima en la justicia penal*, Dykinson, Madrid 2016.

AGUDO GONZÁLEZ, JORGE, *Tutela judicial efectiva y relaciones jurídico-administrativas transnacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

AGUDO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *Terrorismo en el siglo XXI (La respuesta penal en el escenario mundial)*, Dykinson, Madrid 2016.

AGUILERA MORALES, MARIEN, “Conformidad y reparación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

AGUILERA MORALES, MARIEN, “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *Revista del Departamento de Derecho, Universidad de La Rioja*, núm. 9/2011.

AGUILERA MORALES, MARIEN, *Las diligencias de investigación del fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2015.

AGUT GARCÍA, MARÍA TERESA, “Los plazos de instrucción: análisis crítico del art. 324 LECr”, AAVV, (Dir. VALENCIA SÁIZ, ÁNGEL), *Desafíos actuales del Derecho*, Universidad de Málaga, Málaga 2020.

ALAMILLO CANILLAS, FERNANDO, *El Ministerio Fiscal español, su organización y funcionamiento*, Colex, Madrid 1990.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, “La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación”, AAVV, (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid 2011.

ALCALÁ-ZAMORA DEL CASTILLO, NICETO, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso 1945-1972 Tomo I*, UNAM, México 1974.

ALCOVER DE LA HERA, CARLOS MARÍA, “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial”, AAVV, (Dir. GONZÁLEZ QUIROGA, MARTA), *Métodos alternativos de solución de conflictos, perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid 2015.

ALFONSO RODRÍGUEZ, ADRIANO JACINTO, “Investigación penal del Ministerio Público y Derecho de defensa”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 25/2019.

ALISTE SANTOS, TOMÁS JAVIER, “Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción”, AAVV (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela 2011.

ALISTE SANTOS, TOMÁS JESÚS, “La oportunidad como emblema del cambio de paradigma de la justicia española”, AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa*, Dykinson, Madrid 2021.

ALONSO SALGADO, CRISTINA, “Justicia penal consensuada. Breve aproximación al *patteggiamento* en el caso italiano”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, Coord. TORRADO TARRÍO, CRISTINA), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid 2013.

ALONSO SALGADO, CRISTINA, *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

ALTAVA LAVALL, MANUEL GUILLERMO, “Del siglo XIX al siglo XXI: una actualizada Ley de Enjuiciamiento Criminal”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, vol. I*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón 2015.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “El derecho a la traducción e interpretación en la detención”, AAVV, (Dir. ARIZA COLMENAREJO, MARÍA JESÚS), *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La Policía Judicial”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015.

ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La protección del derecho a la intimidad en la toma de muestras de ADN a fines de investigación penal”, *Ius et Scientia, Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, núm. 98/2017.

ALVÁREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA, “La toma coactiva de muestras del imputado (análisis sanguíneo, huellas dactilares, muestras genéticas”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO, “La intermediación a la luz del Convenio Europeo de derechos humanos. El caso de España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 19/2019.

ÁLVAREZ TORRES, MANUEL, GIL VALLEJO, BEATRIZ, MORCILLO JIMÉNEZ, JUAN JESÚS, *Mediación civil y mercantil*, Dykinson, Madrid 2013.

ALZAGA VILLAMIL, ÓSCAR, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Marcial Pons, Madrid 2016.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, RAMÓN. “La dinámica del conflicto”, AAVV, (Coords. SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid 2007

ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO “El ámbito propio del proceso de protección de los derechos fundamentales”, ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2006.

ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO, “Ni fiscal instructor, ni Habermas procesalista (a pasar de Vives Antón)”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 16-17/1992.

ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO, “Sobre el valor de la inmediatez, una aproximación crítica”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 46/2003.

ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO, *Tercero en discordia, jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid 2015.

ARANGÜENA FANEGO, CORAL, “Conformidad, víctima y reforma procesal penal: un breve apunte de algunas mejoras necesarias” AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa*, Dykinson, Madrid 2021.

ARANGÜENA FANEGO, CORAL, “De nuevo sobre la participación de la víctima en la ejecución penal”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

ARÉVALO RAMÍREZ, WALTER, *Manual de Derecho Internacional Público: fundamentos, Tribunales internacionales y Casos de estudio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

ARIZA COLMENAREJO, MARÍA JESÚS, “El derecho de acceso a la información vinculado a la traducción. Especial referencia a la víctima de delitos”, AAVV, (Dir. ARIZA COLMENAREJO, MARÍA JESÚS), *Traducción, interpretación e información para la tutela judicial efectiva en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

ARMENTA DEU, TERERSA, *La prueba ilícita, un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid 2011.

ARMENTA DEU, TERESA, “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 44/2018.

ARMENTA DEU, TERESA, “Principio de oportunidad y acción popular ¿una relación imperfecta?”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017.

ARMENTA DEU, TERESA, *Sistemas procesales penales: justicia penal en Europa y América: ¿un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid 2012.

ARROM LOSCOS, ROSA, “Algunas cuestiones que suscita, en materia de protección de víctimas del delito, la vigencia de confidencialidad en la mediación penal”, *Revista La Ley Penal*, núm. 130/2018.

ASENCIO GALLEGO, JOSÉ MARÍA, “El derecho a la última palabra del acusado”, *La Ley Penal*, núm. 156/2022.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, “Medidas cautelares personales (I)” AAVV, (Dir. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, Coord. FUENTES SORIANO, OLGA), *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.

AULET BARROS, JOSE LUIS, *Jueces, Política y Justicia, en Inglaterra y España*, Cedecs, Barcelona 1998.

AYALA GARCÍA, JUAN MATEO, ECHANO BASALDUA, JUAN IGNACIO, “La suspensión de la pena tras la LO 1/2015”, AAVV, (Dir. LANDA GOROSTIZA, JONMIRENA, Coords. GARRO CARRERA, ENARA, ORTUBAY FUENTES, MIREN), *Prisión y alternativas al nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, Madrid 2015.

AYALA PEÑARANDA, CPERSON EDUARDO, “Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore”, *Revista Academia & Derecho*, núm. 7/2013.

AZAUSTRE RUIZ, PABLO, “Diez conclusiones sobre el límite temporal de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020: propuestas de mejora (I)”, *Diario La Ley*, núm. 10019/2022.

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid 2020.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, *Lecciones de Derecho constitucional*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga 2014.

BARANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid 2016.

BARONA VILAR, SILVIA “La mediación, mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional, ventajas, inconvenientes, y reflexiones tras ley 5/2012 civiles y mercantiles”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi, Pamplona 2012.

BARONA VILAR, SILVIA *Mediación penal; fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BARONA VILAR, SILVIA, “Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la restorative justice a la reconstructive justice (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, vol. I*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón 2015.

BARONA VILAR, SILVIA, “La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo?”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *Meditaciones sobre mediación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

BARONA VILAR, SILVIA, “Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la *securitización*”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

BARONA VILAR, SILVIA, “Mutación de la justicia en el siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía”, AAVV, (Ed. BARONA VILAR, SILVIA), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

BARONA VILAR, SILVIA, “Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

BARONA VILLAR, SILVIA, “Solución extrajudicial de conflictos “con ojos de mujer”: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español”, (Dir. ETXEBARRIA ESTANCONA, KATIXA, ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial UPV/EHU, Bilbao 2009.

BARONA VILAR, “Actividades de estrategia procesal y actividades previas al proceso”, AAVV, (Coords. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA), *Derecho Civil, Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

BARONA VILAR, SILVIA, “Comentario al art. 415”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *El proceso civil, Tomo IV*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

BARONA VILAR, SILVIA, ESPLUGUES MOTA, CARLOS, *Arbitraje, legislación básica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

BARONA VILAR, SILVIA, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994.

BARONA VILAR, SILVIA, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

BARRERO TAPIAS, JOSÉ RICARDO, *Entre la esperanza y el temor: análisis descriptivo de la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1946-1948*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2014.

BARUCH BUSH, ROBERT, FOLGER JOSEPH, *La Promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona 2009.

BASTERRECHE BENGEOA, TOMÁS, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor 2010.

- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid 1968.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 2015.
- BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.
- BELTRÁN MONOTOLIU, ANA, “Modelo de mediación en los Estados Unidos de América”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.
- BELTRÁN MONTOLIU, ANA, “Justicia restaurativa y violencia de género: experiencias en Derecho comparado”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón 2008.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, “Las víctimas siguen olvidadas”, *Diario El País*, 24 mayo 1996.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, “El nuevo código penal de 1995 desde la Victimología”, *Revista Eguzkilore*, núm. 10/1997.
- BERISTAIN IPIÑA, ANTONIO, *Victimología, nueve palabras clave*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.
- BERROCAL CAÑADAS, AINHOA, “El acuerdo de restauración en la justicia restaurativa”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.
- BLANCO CARRASCO, MARTA, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Reus, Madrid, 2009.
- BLANCO, AGUSTÍN EMMANUEL “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, núm. 1/2021.
- BLANCO, ANA ISABEL, MONTESINOS, ANA, “Proceso por aceptación de decreto; el nuevo monitorio penal”, *Revista boliviana de derecho* núm. 22/2016.
- BOVIO, ALBERTO, “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”, AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

BRUCKNER, PASCAL, *La tentación de la inocencia*, Anagrama, Barcelona 2005.

BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO, “Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, “Esperando al juez de garantías (a propósito del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 124/2022.

CABALLO MARTÍNEZ, GERARDO, “Otros modos de terminación del procedimiento (II)”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL), *Tratado sobre el proceso administrativo (LJCA)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal”, *La ley penal*, núm. 86/2011.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada. Las claves del nuevo proceso penal español”, AAVV, (Dir. RUIZ LÓPEZ, CRISTINA, LÓPEZ JIMÉNEZ, RAQUEL, MORENO CATENA, VÍCTOR MANUEL), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, jornadas sobre el nuevo Código Procesal Penal*, Dykinson, Madrid 2015.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, NICOLÁS, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

CALAMANDREI, PIETRO, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Editorial Reus, Zaragoza 2009.

CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Extrajudicial & Judicial Tech”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid 2021.

CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las paradojas de mal llamado “principio de oportunidad” en el proceso penal”, *La Ley penal*, núm. 103/2013.

CALAZA LÓPEZ, SONIA, “Las partes en el proceso penal I”, AAVV, (Dir. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, Coord. FUENTES SORIANO, OLGA), *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

CALVO GARCÍA, MANUEL, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid 1992.

CALVO SOLER, RAÚL, “Jueces y mediadores. Cuatro modelos de neutralidad del tercero en la resolución de conflictos”, AAVV, (Dir. GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO JAIME), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 2006.

CALVO SOLER, RAUL, “De la negociación a la mediación y vuelta”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, núm. 2/2014

CALVO SOLER, RAUL, “Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31/2008

CALVO SOLER, RAÚL, *Justicia juvenil y prácticas restaurativas: trazos para el diseño de programas para su implementación*, Ned Ediciones, Barcelona 2018.

CALVO SOLER, RAÚL, *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*, Gedisa, Barcelona 2014.

CAMPILLO MESEGUER, ANTONIO, “Animal político, Aristóteles, Arendt y nosotros”, *Revista de Filosofía*, núm. 2/2014.

CARBALLO MARTÍNEZ, GERARDO, “La mediación en el marco de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2018.

CARRASCOSA DE MIGUEL, ANA, “La realidad de la mediación penal en España: las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

CARRETERO MORALES, EMILIANO, “El papel del mediador tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles” AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.

CARRETERO MORALES, EMILIANO, “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. Ventajas de la mediación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, ADÁN, La mediación penal en España, AAVV, (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Tecnos, Madrid 2013.

CASADEVALL MEDRANO, JOSEP, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

CASANOVA AGUILAR, ISABEL, “Pena de prisión y Constitución”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid 2017.

CASANOVA MARTÍ, ROSER, “La sujeción a los principios rectores de la medida de intervención telefónica”, AAVV, (Dir. VALENCIA SÁIZ, ÁNGEL), *Desafíos actuales del Derecho*, Universidad de Málaga, Málaga 2020.

CASANOVAS Y LA ROSA, ORIOL, RODRIGO HERNÁNDEZ, ANGEL JOSÉ, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid 2019.

CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA. “La visión de las leyes en la literatura de Utopía” *Revista ius et veritas*, núm. 3/1991.

CASTANÓN ÁLVAREZ, MARÍA JOSÉ, ECHARRI CASI, FERMÍN JAVIER, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, XABIER, *Práctica procesal penal*, Dykinson, Madrid 2020.

CASTILLEJO DUARTE, JOSÉ, *Historia del Derecho Romano, Política, Doctrinas, Legislación y Administración*, Dykinson, Madrid 2004.

CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL, “El principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: acusación popular y justicia restaurativa”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid 2021.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Estado de la mediación en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49/2019.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “La prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual” CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, SANDE MAYO, MARÍA JESÚS, *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, *La Ley*, Madrid 2012.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *El proceso contencioso administrativo, primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant Lo-Blanch, Valencia 2018.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica 2018.

CATALINA BENAVENTE, MARÍA ANGELES, “Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania”, *Cuaderno electrónico de Estudios Jurídicos*, núm. 3/2014.

CAVUOTO, ENNIO, “La nueva mediación obligatoria en Italia” AAVV, IGLESIAS CANLE, INÉS, BONORINO RAMÍREZ, PABLO RAÚL, *Mediación, justicia y Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

CEDEÑO HERNÁN, MARINA, “El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, AAVV, (Coords. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, NATARÉN

NANDAYAPA, CARLOS, RÍOS ESPINOSA, CARLOS), *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Autónoma de México, México 2005.

CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

CERRATO GURI, ELISABET, “El límite temporal en la práctica de las diligencias de instrucción: ¿el fin de las dilaciones indebidas?”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

CERVANTES SAAVEDRA, MIGUEL. *Don Quijote*, Anaya, Madrid 1987.

CHIAVARIO, MARIO, “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRA, VICENTE), *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*, Justel, Madrid 2006.

CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “El nuevo estatuto de la víctima de los delitos en el proceso penal”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015.

CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “La conformidad en el proceso penal español”, AAVV, (Coords. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, NATARÉN NANDAYAPA, CARLOS, RÍOS ESPINOSA, CARLOS), *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Autónoma de México, México 2005.

CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de Derecho comparado”, *La Ley Penal*, núm. 104/2013.

CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Otro avance de la justicia penal negociada: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013”, *Diario La Ley*, núm. 8129/2013.

CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Reflexiones sobre la regulación de la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal penal de 2013” AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

CHRISTIE, NILS, “Conflicts as property”, *British Journal of Criminology* v17 n1/1977, traducido al castellano ALBIN ESER, MAIER JULIO, *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires 1992.

CID HORTA, PILAR, “Funciones del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña”, AAVV, (Coord. VARRAL VIÑALS, INMACULADA, LAUROBA LACASA, MARÍA ELENA, VIOLA DEMESTRE, ISABEL), *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, Dykinson, Madrid 2018.

COBO DEL ROSAL, MANUEL, “Artículo 124; el Ministerio Fiscal”, AAVV (Dir. ROGRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX, Cortes Generales Edersa, Madrid 1996.

COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, *Derecho Penal de Menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *La naturaleza y principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico*, El Poder Judicial. Dirección de lo Contencioso Administrativo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, AAVV, *La reforma del proceso penal, Ministerio de Justicia*, centro de publicaciones, Madrid 1989.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, “Presente y futuro del Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Dykinson, Madrid 2010.

CONFORTI, FRANCO, *Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos*, Dykinson, Madrid 2015.

CORNELIUS PRITTWITZ “La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo: defensa de un rol necesariamente modesto”, (Dir. PEREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN, ARANA GARCÍA, ESTANISLAO), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

CRESPO BARQUERO, PEDRO, “La igualdad de armas y la asimetría de la acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia”, *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 16/2014.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, GARRIDO GENOVÉS, VICENTE, *Hamlet, el mito y el crimen*, OUC, Barcelona 2015.

CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, “Individualización judicial y fines de la pena. Discrecionalidad versus Arbitrariedad en la fase judicial de concreción de la pena exacta”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid 2017.

CUADRADO SALINAS, CARMEN, “Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18/2009.

CUADRADO SALINAS, CARMEN, “La Policía Judicial”, AAVV, (Dir. ASECIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, Coord. FUENTES SORIANO, OLGA), *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

D’AGOSTINO, GALILEO, “El modelo francés de víctimas especialmente vulnerables” AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

DA RE, VERÓNICA, MACERI, SANDRA, “La Antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y del Derecho Penal”, *Límite, Revista de Filosofía y Psicología*, núms. 17 y 18/2008.

DAMIÁN MORENO, JUAN, *El derecho y su garantía jurisdiccional*, Reus, Madrid 2009.

DAMIÁN MORENO, JUAN, *La decisión de acusar, un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid 2014.

DAMIÁN MORENO, JUAN, *Lecciones introductorias sobre proceso penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2013.

DAVO, HÉLÈNE, “El modelo francés de víctimas especialmente vulnerables”, AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

DE ESTEBAN ALONSO, JORGE, *El Régimen Constitucional Español*, Labor, Barcelona 1980.

DE HOYOS SÁNCHEZ, MONTSERRAT, “El ejercicio de la acción penal en España. Un verdadero derecho de acusar de las víctimas”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea”, AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Alicante 2015.

DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “Víctimas de delitos y acción penal”, AAVV (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017.

DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ, *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal como director de la investigación y como parte acusadora del proceso penal”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015.

DE PAREDES GALLARDO, CARLA, “La mediación penal: especial atención a los extranjeros”, *Revista de mediación*, núm. 1/2015.

DE PAUL VELASCO, JOSÉ MANUEL, “Algunas observaciones sobre la intervención de las víctimas en la ejecución penitenciaria”, *Curso de formación continua de fiscales*, CEJ, Madrid 2015.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La duración de la instrucción”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2021.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, “La justicia restaurativa penal”, *La Ley penal*, núm. 73/2010.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO. “La investigación en el futuro proceso penal”, *La Ley penal*, núm. 93/2012.

DEL POZO PÉREZ, MARTA, “Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal”, AAVV (Dir. MORENO CATENA, VICENTE), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

DEL RÍO FERRETI, CARLOS “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1/2008.

DEL RIQUELME HERRERO, MIGUEL PASCUAL, *Mediación penal: marco conceptual y referentes*. COMJIB, Madrid 2013.

DELGADO DEL RINCÓN, LUIS EDUARDO, “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”. *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42/2018.

DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN., “El estatuto de la víctima en el proceso penal”, AAVV, (Dir. CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO), *Las reformas procesales*, CGPJ Estudios de Derecho Judicial, Madrid 2004.

DELGADO PUGÉS, IVAN, “La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología”, *Anales de Filología francesa*, núm. 18/2010.

DELGADO SANCHO, CARLOS DAVID, “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil *ex delicto*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 60/2020.

DELMAS-MARTY, MIRELLE, *Procesos penales de Europa*, Association de recherches pénales européennes (ARPE), EJUS, Zaragoza 2000.

DÍAS PITA, PAULA, *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006.

DÍAZ CABIADÉ, JOSÉ ANTONIO, CUETO MORENO, CRISTINA, “Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24/2022.

DÍAZ PADILLA, MARTHA VANESA, LEOMELÍ BARRAGÁN, MARTHA NASHILEY, DÍAZ ESPARZA, MARÍA ALEJANDRA, “Solución pacífica de conflictos: perspectiva desde la mediación penitenciaria”, AAVV, (Dir. MAFFIOLETTI CELEDÓN, FRANCISCO), *Psicología jurídica. Derechos humanos y Derecho Penal*, Bogotá Ediciones, Bogotá 2019.

DÍAZ TORREJÓN, PEDRO, “¿Por qué no se conforman los culpables?”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid 2021.

DÍAZ TORREJON, PEDRO, VALVERDE MEGÍAS, ROBERTO, “Reflexiones prácticas sobre el nuevo sistema de plazos del art. 324 LECrim (Ley 2/2020, de 27 de julio)”, *Diario La ley*, núm. 9714, 13 de octubre de 2020.

DÍEZ RIAZA, SARA, “La instrucción penal y el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Coord. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Dykinson, Madrid, 2010.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, AAVV, (Dir. ARROYO ZAPATERO, LUIS), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca 2003.

DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. mayo/2004.

DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, “La concepción liszteana de la política criminal entre las ciencias penales”, AAVV (Dirs. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid 2020.

DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS, *Derecho Penal español, parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Sociales, México 2018.

DOLZ LAGO, JOSÉ MANUEL, “Valor de las diligencias preprocesales del fiscal: no son prueba”, *Diario La Ley*, núm. 8956/2017.

DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS, “Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo”, AAVV, (Dir. CATALÁ I BAS, ALEXANDRE), *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, Catedra de Derecho Autonómico Valenciano, Valencia 2013.

DOMINGO OSLÉ, RAFAEL, RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ, *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi, Pamplona 2000.

DOMINGUEZ PUNTAS, ANTONIO, “El blanqueo y la interferencia en la relación abogado-cliente (III)”, *Crónica Tributaria*, núm. 144/2012.

DORESTE ARMAS, DELIA CAROLINA, *La responsabilidad del Ministerio Fiscal*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria 2019.

DOTÚ I GURI, MARÍA DEL MAR, *Los derechos fundamentales, derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, Bosch, Barcelona 2013.

DREYFUS, FRANÇOISE, D’ARCY FRANÇOIS, *Les institutions politiques et administratives de la France*, Económica, Paris 1986.

DURÁN Y LALAGUNA, PALOMA, “Principios informadores de la declaración: vigencia”, AAVV, (Coords. BARTLETT CATELLA, ENRIC, BADAJÍ GÁLVEZ, MARÍA DOLORES), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos cumple 60 años*, Bosch, Barcelona 2011.

ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, “El estatus de la víctima del delito en el ordenamiento francés. El origen, las tendencias y las reformas procesales más recientes”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón 2015.

ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, “El modelo clásico de Poder Judicial como elemento indispensable para la consecución de la justicia en la resolución de conflictos. La contribución de las RAC/ADR”, AAVV, (Dir. ETXEBARRIA ESTANCONA, KATIXA, ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial UPV/EHU, Bilbao 2009.

ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Derecho a un proceso equitativo. Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, (Dir. LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI), *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Comentario sistemático*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2015.

ESPÍN LÓPEZ, ISIDORO, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la práctica judicial española”, *Anales del Derecho*, núm. 2/2017.

ESTEBAN SOTO, YOLANDA, “La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación”, pp. 77-94, AAVV, (Coords. SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid 2007.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “El modelo francés de mediación penal”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Incidencia del nuevo Estatuto de la víctima del delito en su derecho a los recursos”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 45/2018.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Las reformas integrales del proceso penal español”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 99-100/2014.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Inspecciones e intervenciones corporales e investigaciones mediante ADN en el borrador del nuevo Código de Proceso Penal español”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “La mediación penal en adultos: algunos presupuestos para su incorporación al ordenamiento español”, AAVV, (Dirs. ETXEBARRIA ESTANCONA, KATIXA, ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La resolución alternativa de conflictos*, Servicio Editorial UPV/EHU, Bilbao 2009.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?”, *Revista Brasileña de Direito Processual*, núm. 1/2019.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, “Universalidad de los derechos humanos versus déficit de armonización interna (o cuando surgen los problemas de la cooperación transfronteriza)”, AAVV, (Coords. LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA, GARRO CARRARA, ENARA), *Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

FAGGIANI, VALENTINA, “¿Hacia la “constitucionalización” de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa”, *Estudios de Deusto*, núm. 2/2012.

FAGGIANI, VALENTINA, “La trasposición de las directivas sobre derechos procesales en Italia”, AAVV, (Coord. VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

FERNÁNDEZ APARICIO, JOSÉ MIGUEL, “El Ministerio Fiscal español y su relación con el Poder Legislativo”, *Revista del Derecho*, núm. 1/2007.

FERNÁNDEZ BARBADILLO, PEDRO MARÍA, DE LA CUADRA FERNÁNDEZ, BONIFACIO, "El espejismo de los juicios rápidos", *Escritura pública*, núm. 28/2004.

FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL, "El fin constitucional de la reeducación y reinserción ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1/2014.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, "La acusación del ilícito penal en Derecho Romano", AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Dykinson, Madrid 2010.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, "Jurisdicción Voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 33/2022.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS, "Las víctimas y el Derecho Internacional", *A.E.D.I.*, núm. 25/2009.

FERNÁNDEZ MOLINA, ESTHER, *Entre la educación y el castigo, un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

FERNÁNDEZ TOMÁS, ANTONIO, SÁNCHEZ LEGIDO, ÁNGEL, ORTEGA TEROL, JUAN MIGUEL, FORCADA BARONA, IGANCIO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch 2011.

FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL, *Cuestiones actuales del Proceso Penal*, Ediciones Experiencia, Barcelona 2015.

FERRAJOLI, LUIGI, "Las garantías de la prueba como fuente de legitimación de la jurisdicción", AAVV, (Dir. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid 2020.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón; teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 2001.

FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris; teoría del derecho y de la democracia*, tomo I, Trotta, Madrid 2013.

FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, "El *plea bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20/2018.

FERREIRO BAAMONDE, XULIO, "El ámbito de ejercicio de la acción popular en el borrador de Código Procesal Penal de 2013", AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

FERREIRÓS MARCOS, CARLOS-ELOY, *La mediación en el derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid 2011.

FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2007.

FERRER BELTRÁN, JORDI, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la distinción”, AAVV, (Dir. FERRER BELTRÁN, JORDI, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL), *Estudios sobre la prueba*, UNAM, México 2010.

FERRI, ENRICO, *Ciencia Positiva*, Ediciones Okejnik, Santiago de Chile 2019.

FERRI, ENRICO, *Estudios de Antropología criminal, La España Moderna*, Madrid 1895. https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/ferri_enrique_estudios_de_antropologia_criminal.pdf

FERRI, ENRICO, *Sociología Criminal*, Ediciones Okejnik, Santiago de Chile 2022.

FIORE, PASCUALE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes, estudio crítico y de legislación comparada*, Reus, Madrid 2009.

FLORES PRADA, IGANCIO, “Modelo de investigación, papel del Ministerio Fiscal y derecho de defensa”, AAVV, (Dir. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

FLORES PRADA, IGNACIO, “Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2/2015.

FLORES PRADA, IGNACIO, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

FLOS MATÍES, JOSÉ, *Proceso civil, doctrina jurisprudencial y práctica forense, tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

FOLGER, JOSEPH, “Purpose driving practice. The ideological foundations of third party practice”, *I Congreso mundial de mediación y V Congreso Nacional de México*, Sonora México 2005.

FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA, “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2/2021.

FRAGA MANDIÁN, JAVIER, *Las diversas manifestaciones de la conformidad en el derecho procesal penal español*, Dykinson, Madrid 2018.

FREIRE PÉREZ, ROSA MARÍA, “Experiencias de la mediación penal en el ámbito de la justicia de adultos. Amparo normativo institucional”, AAVV, (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela 2011.

FREISLER, ROLAND, *El Derecho penal de voluntad*, Olejnik, Santiago de Chile 2021.

FUENTES LAPONNI, SILVINA, “Comunicación: emociones y poder”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.

FUENTES SORIANO, OLGA, “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de partes en el proceso”, AAVV, (Coord. CUADRADO SALINAS, CARMEN, Dirs. FUENTES SORIANO, OLGA, ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA), *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid 2011.

FUENTES SORIANO, OLGA, *El Ministerio Fiscal, consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid 2003.

FUENTES SORIANO, OLGA, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006

GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS, SANTOS URBANEJA, FERNANDO y otros, *Manual de buenas prácticas. La intervención del Ministerio Fiscal, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “Retribución y justificación del castigo penal”, AAVV, (Dir. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ-VELÁSQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid 2020.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES, “Reparación de la víctima y mediación en la delincuencia económica”, AAVV, (Dir. REBOLLO VARGAS, RAFAEL, TENORIO TAGLE, FERNANDO), *Derecho penal, constitución y derechos*, Bosch, Madrid 2013.

GARCÍA CALDERÓN, JESÚS MARÍA, “El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZAO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid 2015.

GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, *La víctima en las constituciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

GUZMÁN FLUJA, VICENTE, “Un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal para el siglo XXI”, AAVV, (Dir. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

GARCÍA DE ENTERRRÍA, EDUARDO, *La lengua de los derechos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2009.

GARCÍA DURÁN, SONIA, HERNÁNDEZ OLIVEROS, JUAN CARLOS, “Causas de suspensión de juicios penales. Usos y abusos en la práctica judicial”, *Diario La Ley*, núms. 10048/2022 y 10049/2022.

GARCÍA MARTÍN, PEDRO, “La imposibilidad de producción de la prueba en el acto de juicio oral para la admisión de la prueba preconstituida”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7/2002.

GARCÍA NAVARRO, MARÍA, “El fiscal en la ejecución”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

GARCIA RODRIGUEZ, MANUEL JOSÉ, “El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su trasposición al ordenamiento jurídico español”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-24/2016.

GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “Los derechos de las víctimas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *La Ley Penal*, núm. 154/2022.

GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, “Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 14/2014.

GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, “Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores”, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Instituto Complutense de mediación, Madrid 2012.

GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, “Artículo 8. Neutralidad”, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Instituto Complutense de mediación, Madrid 2012.

GARCIA VILLOSLADA, RICARDO, *Historia de la Iglesia Católica*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid 1963.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Tratado de Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

GAROFALLO, RAFFAELE, *El delito como fenómeno social*, Okejnik, Santiago de Chile 2020.

GAROFALLO, RAFFAELE *Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Okejnik, Santiago de Chile 2019.

GIGLIORI, DANIELE, “*Crítica de la víctima, un experimento con la ética*” Herder, Barcelona 2017.

GIL GIL, ALICIA, “El concepto de resocialización en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, núm. 1/2021.

GIL NIEVAS, RAFAEL, “La directiva de mediación de la Comunidad Europea”, AAVV, (Dir. GONZÁLEZ QUIROGA, MARTA), *Métodos alternativos de solución de conflictos, perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid 2015.

GIMENO SENDRÁ, JOSÉ VICENTE, “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. extra 6/1989.

GIMENO SENDRÁ, VICENTE, “El principio de legalidad y el Ministerio Fiscal”, *La ley*, núm. 2115/2016.

GIMENO SENDRA, VICENTE, “La reforma, de 2015, de la LECRIM: aspectos generales”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2012.

GIMENO SENDRÁ, VICENTE, DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL, CALAZA LÓPEZ, SONIA, *Derecho procesal penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid 1996.

GIMENO SENDRÁ, VICENTE, *La simplificación de la justicia penal y civil*, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2020.

GISBERT POMATA, MARTA, “La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid 2021.

GÓMEZ COLOMER, JUAN JOSÉ, *El estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Pamplona 2014.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “El Estado federal norteamericano, sus claves internas y las características esenciales de su proceso penal”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “El sistema: *Adversarial System*”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Enseñanzas para una futura reforma española”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, *Revue internationale de droit penal*, núm. 83/2012.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La fiscalía alemana”, *Diario La Ley*, núm. 9965/2021.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La Fiscalía española ¿debe ser una institución independiente?”, *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, núm. 41/2018.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La instrucción del proceso, su estructura esencial”, MONTERO AROCA, JUAN, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “La víctima del delito en el mundo que más nos influye jurídicamente: una aproximación”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Las características principales de nuestro proceso penal vigente: sin rumbo definido ni identidad propia”, AAVV, (Dir. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, FERNANDO), *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid 2020.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Tendencias actuales en los sistemas procesales europeos e iberoamericanos”, *Ciencias Penales, Revista de las Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 29/2015.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, “Víctima del delito y Europa”, *Teoría & Derecho*, núm. 17/2015.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, ESPARZA LEIBAR, IÑAKI, PÉREZ CEBADERA, MARÍA-ÁNGELES, “Los sujetos y las partes procesales”, AAVV, (Coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS), *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, “Dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal”, *Revista de estudios de la Justicia*, núm. 15/2011.

GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”, AAVV, (Coord. VIDAL FERNÁNDEZ,

BEGOÑA), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la UE*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.

GONZALEZ CANO, MARÍA ISABEL, “La mediación penal en España”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

GONZÁLEZ CANO, MARÍA ISABEL, *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal: fundamentos, principios, aspectos y perspectivas de futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

GONZÁLEZ COLLANTES, TALIA, *El mandato resocializador del artículo 25.2 de la constitución y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

GONZÁLEZ CHINCHILLA, MANUEL, “Los plazos de la instrucción penal. Interpretación y alcance del art. 324 LECRIM tras la ley 2/2020, de 27 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 10064/2022.

GONZÁLEZ ESPEJO, ROSA, “Eficacia del pago y percepción de impunidad: consecuencias de la reparación en el condenado”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, ANA ISABEL, “El impacto de la COVID-19 en la administración de justicia. La necesidad de impulsar la mediación en el ámbito civil”, *Revista de Mediación*, Vol.13, núm. 2/2020.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, ALBERT, “Las diligencias policiales como supuesto de prueba preconstituida y su incorporación al proceso”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2/2014.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, ALBERT, *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Bosch Editor, Valencia 2014.

GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, “Argumentación y prueba judicial”, AAVV, (Dir. FERRER BELTRÁN, JORDI, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL), *Estudios sobre la prueba*, UNAM, México 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, SARA, “La participación de la víctima en la ejecución”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER, “Incidencia de la Ley 5/2012 en los principios básicos del procedimiento de mediación familiar previstos en la legislación autonómica”, AAVV (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.

GONZÁLEZ PILLADO, ESTHER, “Medidas cautelares”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR, GONZALEZ PILLADO, ESTHER), *Proceso penal de menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, “La supresión del libro III y los delitos leves”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZAO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid 2015.

GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ, JOSÉ AGUSTÍN, “La mediación en las causas penales y la protección de los principios y garantías constitucionales”, AAVV, (Dir. IGLESIAS CANLE, INÉS), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, “La legitimación en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 21/1999.

GOZÁLEZ PILLADO, ESTHER, GRANDE SEARA, PABLO, “Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

GRANADOS CALERO, FRANCISCO, *El Ministerio Fiscal, del presente al futuro*, Tecnos, Madrid 1989.

GRANDE SEARA, PABLO, “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción”, AAVV, (Dir. GONZALEZ PILLADO, ESTHER), *Proceso penal de menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

GRANÉ CHÁVEZ, AUREA, SOLETO MUÑOZ, HELENA, *La eficacia de la reparación en el proceso penal a través de las indemnizaciones*, Dykinson, Madrid 2018.

GREIF, JAIME, “Conciliación, mediación, arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia”, *Revista. Uruguaya de Derecho Procesal* núm. 1/ 1995.

GUDE FERNAÉNDEZ. ANA, *El Habeas Corpus en España, un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, *Introducción al Derecho Norteamericano*, Ediciones Experiencia, Barcelona 2017.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, NISTAL BURÓN, JAVIER, *La historia de las penas*, Tirant, Valencia 2015.

GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN, “El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental”, *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano* 2006, Konrad Adenauer Stiftung, E.V., Montevideo 2006.

GUIBERT OVEJERO-BECERRA, SANTIAGO, *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

GUIMARAES RIBEIRO, DARCI, PICÓ I JUNOY, JOAN, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*, Bosch, Barcelona 2004.

GUTIÉRREZ I ABENTOSA, JOAN MANUEL, “Contra la crisis del principio de legalidad, recordar sus fundamentos”, *La Ley Penal*, núm. 123/2016.

GUTIÉRREZ SANZ, MARÍA ROSA, *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal. Ante la Policía y ante el Ministerio Fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona 1984.

HASSEMER, WINFRIED, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

HERNÁNDEZ MORÁN, EUGENIA, *Gestión de conflictos y proceso de mediación*, CEP, Madrid 2016.

HERRERA MORENO, MYRIAM. *La hora de la víctima. Compendio de Criminología*, Edersa, Madrid 1996.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO “Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales en materia sancionadora”, ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2006.

HIDALGO GARCÍA, JOSÉ, “La imparcialidad del Ministerio Fiscal y el Poder Político”, AAVV, (Dir. BUENO OCHOA, LUIS), *Ética e imparcialidad del Ministerio Fiscal*, Dykinson, Madrid 2010.

HIRSCH, HANS JOACHIM, “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal”, AAVV; (Coord. MAIER, JULIO), *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 1992.

HIRSCH, HANS JOACHIM, *Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2011.

HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto; o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2012.

HOYLE, CAROLYN, FONSECA ROSENBLATT, FERNANDA, “La justicia restaurativa en Reino Unido: repitiendo los errores del pasado”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA,

CARRASCOSA MIGUEL, ANA), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

IBÁÑEZ GARCÍA, ISAAC, “¿Hasta cuándo el parón judicial?”, *Diario La Ley*, núm. 9624/2020.

IBARRA SÁNCHEZ, JUAN LUIS, “La instrucción penal en un proceso con todas las garantías: ¿por qué no debería instruir el fiscal?”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 10/2020.

IGLESIAS CANLE, INÉS, CANDAL JARRÍN, IGNACIO SANTIAGO, *Los procesos sobre la capacidad de las personas, especial referencia a las personas dependientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, JESÚS MARÍA, *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Cizur Mayor 2001.

JACQUELINE N.FONT-GUZMÁN, M.H.A. “Conferencia de grupo familiar de la tribu maorí de Nueva Zelanda y su adaptación a los modelos anglosajones de resolución de conflictos”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.

JAÉN VALLEJO, MANUEL, PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS, *La reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid 2015.

JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “El conflicto: antropología de las neutralidades”, AAVV, (JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, BELTRÁN ZAMBRANO, ROBERTO, MOREIRA AGUIRRE, GABRIELA), *Gestión de conflictos*, Dykinson, Madrid 2019.

JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “Técnicas para la resolución, gestión, transformación y neutralización de conflictos”, AAVV, (JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, BELTRÁN ZAMBRANO, ROBERTO, MOREIRA AGUIRRE, GABRIELA), *Gestión de conflictos*, Dykinson, Madrid 2019.

JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires 1964.

JIMENO BULNES, MAR, “La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención”, *Revista Penal*, núm. 16/2005.

JULIANO, MARIO ALBERTO, VITALE, GUSTAVO, “Una vuelta a la Inquisición: condena sin pruebas por violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6/2014.

KHALAF REDA, ABDALLA, “La aplicación jurisprudencial de la acción popular”, *Revista La ley penal*, núm. 144/2020.

KINDEL, DIETER, “Die Entwicklung von Diversion bzw. Mediationsverfahren im Strafverfahren in Österreich insbesondere im statistischen Vergleich in den Jahren 2008-2018”, *Miskolci Jogi Szemle (Miskolc Law Review)*, núm. 14/2019.

KROTZ, ESTEBAN, "Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica." AAVV, *Un ensayo sobre la transformación de recursos locales en mercancías globales*.

online:https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20150308_01.pdf#page=63

LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid 2008.

LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, GASCÓN INCHAUSTI, FERNADO "¿Por qué se conforman los inocentes?", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2018.

LEAL MEDINA, JULIO, "Un estudio sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Un nuevo proceso penal", *Revista Docta Ignorancia Digital*, núm. 4/2013.

LESMESS SERRANO, CARLOS, "Cambio jurisprudencial en la responsabilidad por prisión provisional", *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2/2011.

LIBANO BERISTAIN, ARANTZA, "La perseguibilidad a instancia de parte como proyección de las facultades de la víctima", AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, "El Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional", AAVV, (Dir. CELMA ALONSO, PILAR), *Derecho de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, "La Administración de Justicia en España: las claves de su crisis", *Revista de Libros*, núm. Sep/2015.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, "Las fuentes del derecho de la UE", AAVV, (Coord. CELMA ALONSO, PILAR), *Derecho de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, MERCEDES, *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La Justicia y sus problemas en la constitución*, Tecnos, Madrid 1996.

LÓPEZ GUERRA, LUIS, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

LÓPEZ JIMÉNEZ, RAQUEL, "La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia", *Revista Penal*, núm. 15/2005.

LÓPEZ JIMÉNEZ, RAQUEL, "La garantía del abogado defensor en el proceso penal", AAVV, (Dir. GUZMÁN FLUJA, VICENTE, FLORES PRADA, IGNACIO), *Justicia penal y derecho*

de defensa: un estudio hispano-italiano sobre el proceso penal y garantías, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, *El Ministerio Fiscal español, principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid 2001.

LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “El proceso penal como sistema de garantías: la contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Propuesta de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, núm. junio/2013.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, “El fiscal y el juez de garantías ¿dos sujetos obligados a entenderse? (A propósito del anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal)”, *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Zuzenbide Prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, núm. 3/2021.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA, “La conformidad *low cost* que prevé el anteproyecto de ley de eficiencia procesal del servicio público de justicia, así como el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su efficientismo procesal”, *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Zuzenbide Prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, núm. 2/2021.

LORENTE SARIÑENA, MARTA, VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, JESÚS, *Manual de Historia del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012.

LUACES GUTIÉRREZ, ANA ISABEL, “La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, AAVV, (Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, MERCEDES, Dirs. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINIELO COBO, JOSÉ CARLOS), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid 2021.

LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho Procesal Penal, parte general*. Tirant-Lo Blanch, Valencia 2016.

MACÍAS ESPEJO, BELÉN, “Sustitución y expulsión de extranjeros”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZO), *La pena de prisión, entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid 2016.

MAGRO SERVET, VICENTE, “El valor del confidente policial como prueba en el juicio oral”, *La Ley Penal*, núm. 129/2017.

MAGRO SERVET, VICENTE, “La ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el coronavirus”, *Diario La Ley*, núm. 9618/2020.

MAGRO SERVET, VICENTE, “Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 92/2012.

MAGRO SERVET, VICENTE, “Situación actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la atenuante de reparación del daño”, *Revista La Ley Penal*, núm. 157/2022.

MAGRO SERVET, VICENTE, “Soluciones ante los nuevos fenómenos delictivos: los juzgados contra la delincuencia organizada”, *Revista La Ley Penal*, núm. 49/2008.

MAGRO SERVET, VICENTE, “Las consecuencias civiles del delito en el proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 149/2021.

MAIER, JULIO, “La víctima y el sistema penal”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 12/1991.

MANDUJANO RUBIO, SAÚL, *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México 2019.

MANSO PORTO, TERESA, “Las escuchas telefónicas entre abogado defensor y cliente en una comparación internacional”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 32/2012.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO, “Retribucionismo consecuencia como programa de ideología punitiva, una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Berling”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2015.

MARAVÉR GÓMEZ, MARIO, “Vigencia temporal de la ley penal”, AAVV, (Dir. LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid 2019.

MARCO FRANCIA, MARÍA PILAR, “Algunas reflexiones sobre el castigo penal y la crisis de la pena privativa de libertad”, *La Ley Penal*, núm. 151/2021.

MARCOS ARANDA, RAFAEL, *La negociación y mediación en conflictos sociales*, Trama, Madrid 2005.

MARCOS GONZÁLEZ, MARÍA, “Los derechos del imputado y del acusado: Jurisprudencia europea y constitucional”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015.

MARINA TORRES, JOSÉ ANTONIO, DE LA VÁLGOMA, MARÍA, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Madrid 2000.

MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO, “La Convención contra la Tortura”, AAVV, (Dir. GÓMEZ ISA, FELIPE, PUREZA, JOSÉ MANUEL), *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao 2004.

MARISTANY, LUIS, “Lombroso y España. Nuevas consideraciones”, *Anales de la Literatura española*, núm. 2/1983.

MARTÍN DÍZ, FERNANDO, “El Derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 106/2019.

MARTÍN DIZ, FERNANDO, “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de justicia”, AAVV (Dir. MARTÍN DIZ, FERNANDO), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela 2011.

MARTÍN DÍZ, FERNANDO, “Mediación con víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades”, AAVV, (Dir. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

MARTÍN DIZ, FERNANDO, CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL, “Mediación y Justicia Penal. Crítica ante un futuro contexto legal”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

MARTIN PALLÍN, JOSE ANTONIO, “El Ministerio Fiscal la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales”, AAVV, *El Poder Judicial*, Dirección General de lo contencioso, Madrid 1983.

MARTÍN PASTOR, JOSÉ, “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 14/2008.

MARTÍN PASTOR, JOSÉ, “La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español”, AAVV, (Coord. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

MARTÍN QUERALT, JUAN BAUTISTA, “El derecho de defensa en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal”, *Carta Tributaria*, núm. 28/2017.

MARTINEZ ATIENZA, GREGORIO, *Ley de Arbitraje. Estudio sistematizado*, Experiencia, Barcelona 2013.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ALVÁREZ, PILAR, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid 2011.

MARTÍNEZ GALINDO, GEMA, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, núm. 1/2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, “Las partes acusadoras”, AAVV, (Dir. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA, VILAR, SILVIA), *Proceso Penal, Derecho Procesal III*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

MATALLÍN EVANGELIO, ÁNGELA, *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, “Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 35/2019.

MEJÍAS GÓMEZ, JUAN FRANCISCO, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid 2009.

MENA ALVÁREZ, JOSÉ MARÍA, *De profesión, fiscal*, Ariel, Barcelona 2010.

MÉNDEZ BARRIO, MARÍA, “La comunicación no verbal y las técnicas activas de la mediación”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, Coord. TORRADO TARRÍO, CRISTINA), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid 2013.

MESTRE DELGADO, ESETEBAN., “El nuevo proceso penal por aceptación de decreto: fulgor y muerte de un instituto inadaptado”, *La Ley Penal*, núm. noviembre 2015.

MILIONE FUGALI, CIRO, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

MIR PUIG, SANTIAGO, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal”, AAVV, (Coord. ECHANO BASALDÚA, JUAN IGNACIO), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao 2002.

MIRANDA RODRÍGUES, ANABELA, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRÁ, VICENTE), *El Ministerio fiscal, director de la instrucción*, Justel, Madrid 2006.

MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, *El Ministerio Fiscal y a la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2006.

MONTAIGNE, MICHEL *Ensayos completos*, Cátedra, Madrid 2019.

MONTERO AROCA, JUAN, *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid 1990.

MONTERO AROCA, JUAN, *La responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid 1988.

MONTERO AROCA, JUAN, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, DANIEL, *Justicia restaurativa y sistema penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

MONTESINOS GARCÍA, ANA, “La mediación penal en Inglaterra y Gales”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *La mediación penal para adultos: una realidad en los*

ordenamientos jurídicos: experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

MORÁN MARTÍN, REMEDIOS, *Materiales para un curso de historia del Derecho español*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid 2010.

MORCILLO JIMÉNEZ, JUAN JESUS, “El proceso de mediación”, ÁLVAREZ TORRES, MANUEL, GIL VALLEJO, BEATRIZ, MORCILLO JIMÉNEZ, JUAN JESÚS, *Mediación civil y mercantil*, Dykinson, Madrid 2013.

MORENO CATENA, “La resolución jurídica de conflictos”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid 2013.

MORENO CATENA, VICENTE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

MORENO CATENA, VÍCTOR, “Sobre la presunción de inocencia”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Alicante 2015

MORENO CATENA, VÍCTOR, *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

MORENO CATENA, VÍCTOR. “Del litigio judicial a modos diferentes de resolver los conflictos jurídicos”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL, Coord. ALONSO SALGADO, CRISTINA), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2018.

MORILLAS CUEVA, LORENZO, “La pena de prisión en la sociedad actual”, AAVV, (Dir. MORILLA CUEVAS, LORENZO), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, Dykinson, Madrid 2017.

MOSQUERA BLANCO, AUGUSTO JAVIER, “En defensa del 324 LECr”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2223/2019.

MOSQUERA BLANCO, AUGUSTO JAVIER, “La acción penal y civil *ex delicto* en el Derecho Procesal español y comparado. Un análisis crítico”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56/2022.

MUHM, RAOUL, “Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal alemana (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)”, *Jueces para la democracia*, núm. 22/1994.

MUHM, RAOUL, “Política y justicia en la experiencia comparada actual: el caso alemán”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 6/1997.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “El derecho penal en tiempos del cólera”, AAVV, (Dir. VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, CUAREZMA TERÁN, SERGIO), *El derecho penal en tiempos del cólera*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México 2020.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

MUÑOZ CUESTA, JAVIER., “Finalidad y eficacia de las actuales diligencias de investigación del fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2017.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general Tomo X. La Administración del estado*, Agencia estatal del BOE, Madrid 2017.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, “La intervención del fiscal en los procesos electorales”, ANDRADE ORTIZ, ABEL CARMELO, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, FERNANDO, MOIX BLÁZQUEZ, MANUEL, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO, *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2006.

NAVARRO VILLANUEVA, CARMEN, “Los medios de investigación relativos a la persona investigada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, núm. 4/2021.

NAVAS CASTILLO, ANTONIA, NAVAS CASTILLO, FLORENTINA, *Derecho Constitucional, Estado Constitucional*, Dykinson, Madrid 2005.

NICOD JEAN-CLAUDE, “El Ministerio Fiscal en Francia”, *Revista de Jueces para la democracia*, núm. 18/1993.

NIEVA FENOLL, JORDI, “El Ministerio Fiscal en Alemania”, *Justicia Revista de Derecho Procesal*, núms. 3 y 4/1999.

NIEVA FENOLL, JORDI, “La protección de derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 50/2008.

OJEDA DE YNSFRÁN, DORIS, “Las Reglas de Tokio y su Interpretación acorde a las Reglas de Bangkok y Brasilia”, *Revista Jurídica Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 4/2014.

OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, *40 ideas para la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Dykinson, Madrid 2017.

ORAÁ ORAÁ, JAIME, GÓMEZ ISA, FELIPE, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao 2018.

ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, “La mediación en el ámbito de las cooperativas: la extensión del espíritu cooperativo a la resolución de conflictos”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA

GURIDI, JOSÉ), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta en los diferentes ámbitos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2012.

ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, “Otras formas de ingreso en la Judicatura. El caso de Inglaterra y Gales”, AAVV, (Coord. ECHANO BASALDÚA, JUAN IGNACIO), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao 2002.

ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español*, IVAP, Oñati 2014.

ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO. “¿Un pasito para adelante y otro para atrás? o sobre la agridulce evolución en la protección de la víctima en la UE”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón 2015.

ORDOÑEZ PONZ, FRANCESC, “La prisión provisional y sus medidas alternativas: ¿ponemos fin a un debate con nuevas propuestas?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56/2022.

ORDUÑA REBOLLO, ENRIQUE, *Historia del Estado español*, Marcial Pons Editora, Madrid 2015.

ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, AAVV, (Coord. IGLESIAS CANLE, INÉS), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho Penal, parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

ORTUÑO MUÑOZ, JOSÉ PASCUAL, HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR); la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Laboratorio de Alternativas*, núm. 110/2007.

OTERO PARGA, MILAGROS. “Los modelos teóricos de la mediación”, SOLETO MUÑOZ, HELENA, OTERO PARGA, MILAGROS, *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid 2007.

OUBIÑA BARBOLLA, SABELA, REY MORENA, ALBA, “Algunas reflexiones sobre el futuro de la acción popular: el ámbito subjetivo”, *Diario La ley*, núm. 9670/2020.

PACHECO, DANIELA, “La perspectiva portuguesa de la institucionalización de la mediación”, *Revista de Mediación*, núm. 2/2014.

PASCUAL RODRÍGUEZ, ESTHER, “La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid”, AAVV, (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid 2011.

PAUNER CHULVI, CRISTINA, “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 55/1999.

PEDERZOLI, PATRICIA, “El sistema italiano de selección de jueces. Situación y perspectivas de futuro”, AAVV, *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, (Coord. JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL), CGPJ, Madrid 2001.

PEDRAZ PENALAVA, ERNESTO. “Notas sobre Policía y Justicia Penal”, *Revista Jurídica de Castilla y León, Monográfico sobre la Reforma de la Justicia Penal*, núm. 14/2008.

PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Derecho Procesal Penal, tomo I*, Colex, Madrid 2000.

PEITEADO MARISCAL, PILAR, “Consideraciones sobre la relación entre la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, *Revista Estudios Deusto*, núm. 2/2018.

PELÁEZ PORTALES, DAVID, “La diligencia de careo en el proceso penal español: un apunte histórico”, *Revista de estudios de ciencias políticas y humanidades*, núm. 13/2005.

PEÑA DÍAZ, ALBA,” La indemnización a las víctimas en el Derecho comparado”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

PEÑARANDA LÓPEZ, ANTONIO, *Proceso penal comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia) Descripción y terminología*, Comares, Granada 2011.

PÉREZ CAMPÓN, ANA, “El pago de indemnizaciones por el Estado en terrorismo”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista del análisis del Derecho*, núm. 2/2019.

PÉREZ ESTRADA, MIREN JOSUNE, “La justicia ¿un servicio público?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57/2022.

PÉREZ FANDIÑO, IÑAKI, “La mediación y las conferencias como herramienta de resolución de conflictos ante la fenomenología del *bullying*”, AAVV, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ), *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid 2020.

PÉREZ MANZANO, MERCEDES, CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Principios del Derecho Penal III”, AAVV, (Coord. LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2019.

PÉREZ MARTELL, ROSA, *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

PÉREZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, “La futura fiscalía europea”, AAVV, (Dir. JIMENO BULNES, MAR, GARCÍA MORENO, JOSÉ), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona 2016.

PÉREZ MARTÍNEZ, ROSA, *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

PÉREZ-UGENA CAROMINA, MARÍA, “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto*, núm. 1/2014.

PERRON, WALTER, “Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso en Alemania”, AAVV, (Coords. FUENTES SORIANO, OLGA, ADAN DOMENECH, FEDERIC), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

PERRON, WALTER, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, INMACULADA, “El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en el proceso penal alemán”, AAVV, (Dir. GIMENO SENDRA, VICENTE), *El Ministerio Fiscal, director de la instrucción*, Justel, Madrid 2006.

PICAZO-GIMÉNEZ, LUIS MARÍA, (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, GIMENO SENDRÁ, JOSÉ VICENTE, MORENO CATENA, VÍCTOR, TORRES DULCE, EDUARDO), *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Aranzadi, Cizur Menor 2005.

PICÓ I JUNOY, JOAN, “Las reformas procesales en España”, AAVV, (Dir. OTEIZA, EDUARDO), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid 2018.

PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER, “Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la mediación en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia”, AAVV, (Dir. CALAZA LÓPEZ, SONIA, MUINELO CALVO, JOSÉ CARLOS, Coord. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: estado, justicia, educación y empresa*, Dykinson, Madrid 2021.

PINO GAMERO, ESTHER, *La lucha contra la tortura en el orden internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2017.

PLACHADELL GARGALLO, ANDREA, “La regulación de la situación de la víctima: ¿maremágnum legislativo?”, AAVV, *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Alicante 2015.

PUJAL SÁNCHEZ, NEUS, “Las fiscalías de Área”, *Revista digital de la Unión Progresista de Fiscales*, núm. enero/2011, Acceso electrónico de la revista: <https://www.upfiscales.com/2011/01/las-fiscalias-de-area/>

PLANCHADELL GARGALLO, ANDREA, “La víctima en el nuevo Código Procesal Penal desde la perspectiva de las exigencias europeas”, AAVV, (Dir. MORENO CATENA, VÍCTOR), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el borrador de Código Procesal Penal, 25 y 26 abril de 2013*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

PUENTE ABA, LUZ MARÍA, “Nuevas reformas en el Derecho Penal de menores: las medidas de internamiento y la protección de los perjudicados”, AAVV, (Coord. FARALDO CABANA, PATRICIA), *Política criminal y reformas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

PUENTE SEGURA, LEOPOLDO, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid 1994.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, núm. 1/2020.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “La justicia restaurativa en el marco del Código Penal español”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2018.

QUISPE REMÓN, FLORABEL, “España y la violación del proceso debido”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 64/2012.

RAMÍREZ GONZÁLEZ, RODRIGO, *La Victimología*, Temis, Bogotá 1983.

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Questio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1/2020.

RAMÍREZ RODRÍGUEZ, INMACULADA, “Las indemnizaciones de la Ley 35/1995”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

RAMOS RAMOS, PALOMA, *Mediación y resolución de conflictos*, ICB, Málaga 2012.

REDORTA LORENTE, JOSE, “Técnicas para la resolución de conflictos: la negociación”, *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, núm. 8/1997.

REDORTA LORENTE, JOSE, *Manual para la gestión y resolución de conflictos*, Almuzara, Madrid 2019.

REDORTA LORENTE, JOSE, *Cómo sobrevivir a la sociedad del malestar y el conflicto*, Almuzara, Madrid 2004.

REDORTA LORENTE, JOSE, *La estructura del conflicto*, Almuzara, Madrid 2019.

REVELLES CARRASCO, MARÍA, *Vademécum de justicia restaurativa y mediación penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL, “La competencia del Ministerio Fiscal para la investigación de actos delictivos”, AAVV, (Dir. ABEL LLUCH, XAVIER), *Estudios sobre Prueba Penal: actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, La Ley, Madrid 2010.

RÍOS MARTÍN, JULIAN CARLOS, OLALDE ALTAREJOS, ALBERTO JOSÉ, “Justicia restaurativa y mediación en Postulados para su abordaje de concepto y finalidad”, *Revista de Mediación*, núm. 8/2011.

RÍOS MARTÍN-OLABARRIA IGLESIAS, “Conclusiones del curso de mediación civil y penal: dos años de experiencia”, *Revista de Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136/2007.

ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA, “Constitución, jurisdicción y arbitraje. Superación de viejos recelos”, AAVV, (Coord. RODRÍGUEZ TIRADO, ANA MARÍA), *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

RODRÍ MARTÍ, MERCÉ, “¿Juez o Fiscal instructor? esa es la cuestión”, *Diario La Ley*, núm. 9669/2020.

RODRÍGUEZ ALVÁREZ, ANA, “Capacidad, legitimación y postulación en el proceso contencioso-administrativo”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL), *Tratado sobre el proceso administrativo (LJCA)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

RODRÍGUEZ ESTRADA, MAURO, *Manejo de conflictos*, Ed. Manual Moderno, México 1988.

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “Garantías de autonomía del Ministerio Fiscal. Una asignatura pendiente en el desarrollo del estado constitucional”, *Diario La Ley*, núm. 9737/2020.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, “La futura LECr a examen”, *Diario La Ley*, núm. marzo 2021.

RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, AZAÚSTRE RUIZ, PABLO, “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *La Ley penal*, núm. 153/2022.

RODRIGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, “El nuevo juicio por delitos leves en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley penal*, núm. 152/2021.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, “¿Progresión o regresión constitucional de la justicia penal española?, irrupción del populismo judicial y del Derecho penal de autor”, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 43/2019.

RODRÍGUEZ SOL, LUIS, “El fiscal investigador en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos”, *Diario La ley*, núm. 8205/2013.

RODRÍGUEZ TIRADO, ANA MARÍA, *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

RODRÍGUEZ ARIAS, ANTONIO MATEOS, “Otra vez sobre la aprobación de una nueva Ley Procesal Penal y la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 9666/2020.

ROGEL VIDE, CARLOS, “Actuación del mediador”, AAVV, (Dir. GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA, ROGEL VIDE, CARLOS), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la Ley 5/2012*, Instituto Complutense de mediación, Madrid 2012.

ROIG TORRES, MARGARITA, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los modelos alemán y portugués”, AAVV, (Dir. BARONA VILAR, SILVIA), *Meditaciones sobre mediación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2022.

ROIG TORRES, MARGARITA, “La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24/2022.

ROLLA, GIANCARLO, “El Ministerio Público en Italia. Disciplina constitucional”, *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 7/2000.

ROXIN, CLAUS, “La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán”, AAVV, (Dir. MIR PUIG, SANTIAGO, QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, Coord. FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA, *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos*, Civitas, Madrid 1997.

ROXIN, CLAUS, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima 1998.

ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1972.

ROXIN, CLAUS, *Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal*, Idemsa, Lima 2010.

ROXIN, CLAUS, “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, núm. 52/1999.

ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.

RUIZ RISUEÑO, FRANCISCO, “Concepto y características”, AAVV, (Coords. RUIZ RISUEÑO, FRANCISCO, FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS), *Manual de arbitraje*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.

SÁEZ RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011”, *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 8/2011.

SÁEZ VALCARCEL, RAMÓN. “Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 8/2011.

SAINZ MORENO, FERNANDO, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 108/1985.

SALAS, LUIS, “La intervención de las comunicaciones entre abogados defensores y sus clientes y la guerra contra el terrorismo en los Estados Unidos”, *Revista Teoría y Derecho*, núm. 8/2010.

SALAS, MINOR, “¿Necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38/2015.

SALTOS SALTOS, GIOCONDA, *Manual de Derecho Internacional Público*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito 2017.

SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA, “Careo de testigos y procesados: su valor probatorio”, *Revista de Derecho Público, Estudios de Deusto*, núm. 1/1997.

SAN MARTÍN LARRINOVA, MARÍA BEGOÑA, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológico. Del presente francés al futuro español*, Dpto. Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Vitoria 1997.

SÁNCHEZ PONS, MARÍA VICTORIA, “El actor civil y el responsable civil, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015.

SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO, *La garantía jurisdiccional de la inmediatez en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid 2017.

SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, “El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la UE”, AAVV, (Coords. MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid 2011.

SANCHIS CRESPO, CAROLINA, VELASCO NÚÑEZ, ELOY, *Delincuencia informática, tipos delictivos e investigación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

SANCINETTI, MARCELO, “Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo”, *Revista Pensamiento penal contemporáneo*, núm. 9/ 2015.

SANDE MAYO, JESÚS, “Mediación penal versus presunción de inocencia”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, Coord. TORRADO TARRÍO, CRISTINA), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, La Ley, Madrid 2013.

SANDRA WALKLATE ¿Justicia restaurativa ¿terapia y/o reconciliación?, AAVV, (Coords.) DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

SANTISTEBAN CASTRO, MARÍA, “De la excepción a la normalidad: la declaración del acusado a través de medios telemáticos a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 25 mayo 2021.

SANZ CASTILLO, SARA, “La conformidad parcial no evita el juicio en el proceso penal; ¿se basará la sentencia en la prueba o en el acuerdo?”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 50/2018.

SEELMANN, KURT, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.

SEGURA RODRIGO, MYRIAM, “El proceso penal español en que interviene la Fiscalía Europea”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9/2020.

SEMPERE, SILVIA, “La participación activa de la víctima en el proceso penal: análisis del art. 11 del Estatuto de la Víctima”, *La Ley Penal*, núm. 136/2019.

SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL, “Ministerio Fiscal y división de poderes”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, núm. 1/2017.

SENNOUNI EL HARTI, RADAD, “Investigación patrimonial del condenado”, AAVV, (Dir. SOLETO MUÑOZ, HELENA, GRANÉ CHÁVEZ, AUREA), *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid 2019.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, “Crisis de la Administración de Justicia”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 5/2009.

SERRANO MASIP, MERCEDES, “Los derechos de información”, AAVV, (Coord. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA), *El estatuto de las víctimas de los delitos, comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

SERRANO MASIP, MERCEDES, “Medidas de protección de las víctimas”, AAVV, (Coord. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2017.

SERRANO MASIP, MERCEDES, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios de la Ley 4/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

SIGÜENZA LÓPEZ, JULIO, “Brevedad, la pasión de los jueces. A propósito del acuerdo alcanzado el 13 de enero de 2021 por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña y el Colegio de Abogados de Barcelona”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55/2021.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “A toro pasado,... cuidado con los sesgos cognitivos”, *Revista del análisis del Derecho*, núm. 1/2022

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid 1999.

SILVESTRI ELISABETTA, “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias”, *Revista Jueces para la democracia*, núm. 37/2000.

SOLÉ RIERA, JAUME, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1997.

SOLETO MUÑOZ, HELENA, “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, AAVV, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ), *Justicia restaurativa y terapéutica, hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

SOLETO MUÑOZ, HELENA, “La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 7834/2012

SOLETO MUÑOZ, HELENA, *Los métodos alternativos de resolución de conflictos. Habilidades y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid 2007.

SOLETO, HELENA, “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación de la víctima en el proceso penal”, AAVV, (Dir. DE LA CUESTA ARANZAMENDI, JOSÉ LUIS, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ), *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ, PORRES GARCÍA, IZASKUN, SÁNCHEZ RECIO, MARTA, “El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito”, *Revista de Victimología*, núm. 2/2015.

TAJADURA TEJADA, JAVIER, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA, “Los derechos de las víctimas”, AAVV, (Coord. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA), *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, *La Criminología*, UOC, Barcelona 2014.

TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona 2000.

TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, “La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma”, AAVV, (Coord. CHOZAS ALONSO, JOSÉ MANUEL), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid 2015.

TORREGO SEIJO, JUAN CARLOS, *Resolución de conflictos en instituciones educativas: manual para la formación de mediadores*, Narcea, Madrid 2001.

TORRES DULCE LINFANTE, EDUARDO, “El fiscal”, AAVV, (Coord. DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA), *El oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid 2006.

TORRES ROSELL, NURIA, “El nuevo proceso por delitos leves (aspectos procesales de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal)”, AAVV, (Dir. MORILLAS CUEVA, LORENZO), *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid 2015.

TRAPERO BARREALAES, MARÍA ANUNCIACIÓN, “Los fines de la pena y el art. 25.2 de la Constitución Española”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 8/2021.

TRIGO SIERRA, EDUARDO, MOYA FERNÁNDEZ, ANTONIO, “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto Ley 5/2012”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32/2012.

URIARTE VALIENTE, LUIS MARÍA, “La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002”, *Revista Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1943/2003.

USHER, SHAUN, *Listas memorables*, Salamandra, Barcelona 2015.

VALIÑO CES, ALMUDENA, “Los programas piloto desarrollados en España en materia de mediación penal en adultos”, AAVV, (Dir. IGLESIAS CANLE, INÉS, BONORINO RAMÍREZ, PABLO RAÚL), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

VARELA GÓMEZ, BERNARDINO, “El careo en la doctrina y jurisprudencia española”, *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, núm. 9/2020.

VARONA GÓMEZ, DANIEL, KEMP, STEVEN, BENÍTEZ OLIVIA, “La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad”, *Revista del análisis del Derecho*, núm. 1/2022.

VARONA MARTÍNEZ, GEMA, “Definir o no definir la justicia restaurativa al hilo de su relación con la justicia retributiva. Observaciones a las tesis de la profesora Kathleen Daly

desde el contexto español”, AAVV, (Dir. CASTILLEJO LLAMAZARES, RAQUEL) *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2018.

VARONA MARTÍNEZ, GEMA, “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzando más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar”, AAVV, (Dir. ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2012.

VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *Justicia restaurativa desde la Criminología: mapas para un viaje inicial*, Dykinson, Madrid 2018.

VARONA MARTÍNEZ, GEMA, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada 1998.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *La justicia penal, legalidad y oportunidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018

VÉLAZQUEZ DELGADO, GRACIELA, CHRISTIANSEN RENAUD, MARÍA, “Tras las huellas de la peligrosidad: la teoría criminológica de Cesare Lombroso”, *La razón histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, núm. 29/2015.

VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid 2006.

VIADA BARDAJÍ, SALVADOR, “Los fines del proceso penal”, *La Ley Penal*, núm. 75/2010.

VICENTE CUENCA, MIGUEL ÁNGEL, *Sociología de la desviación, una aproximación a sus fundamentos*, Club Universitario, San Vicente Alicante 2010.

VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA, “El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Revista de la asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, núm. 4/2021.

VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, “Introducción a la Política criminal”, AAVV, (Dir. VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, CUAREZMA TERÁN, SERGIO), *El derecho penal en tiempos del cólera*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México 2020.

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, AAVV, (Dir. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA), *El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2005*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

VILLAMARÍN LÓPEZ, MARÍA LUISA, “Ejercicio de la acción penal y sobreseimiento en el proceso penal español”, AAVV, (Coords. CIENFUEGOS SALGADO, DAVID, NATARÉN NANDAYAPA, CARLOS, RÍOS ESPINOSA, CARLOS), *Temas de derecho procesal penal de México y España*, Universidad Autónoma de México, México 2005.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL, *Fiscal investigador contra juez instructor (la lógica de la investigación criminal)*, Marcial Pons, Madrid 2012.

VINYAMATA CAMP, EDUARD, *Conflictología: curso de resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona 2014.

VINYAMATA CAMP, EDUARD, “La resolución de conflictos: un nuevo horizonte”, *Educación social, revista de intervención socioeducativa*, núm. 8/1998.

VÍRGALA FORURIA, EDUARDO, “La reforma territorial en Euskadi; Los planes Ibarretxe I (2003) y II (2007)”, *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 54-55/2006.

ZAFFARONI, EUGENIO, “Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad”, *Revista Electrónica Semestral de políticas públicas en materias penales*, núm. 31/2021.

ZAMBRANO PAQUEL, ALFONSO, *Derecho Penal, parte general, Tomo I*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito 2019.

ZAMORA GRANT, JOSÉ, “Alternativas democráticas para la justicia penal”, AAVV, (Dir. REBOLLO VARGAS, RAFAEL, TENORIO TAGLE, FERNANDO), *Derecho penal, constitución y derechos*, Bosch, Madrid 2013.

ZAMORA GRANT, JOSÉ, “Sistema penal democrático y víctima del delito,” AAVV, (Dir. MARCHIORI, HILDA), *Victimología 10: ley y víctima: panorama internacional*, Encuentro Grupo Editor, Córdoba (Argentina) 2011.

ZAPATA CANO, RODRIGO, “Reseña del libro la Mujer normal, la criminal y la prostituta de Cesare Lombroso y Guglielmo Ferrero”, *Ciencias Sociales y Educación*, núm. 19/2021.

ZARAGOZA AGUADO, JAVIER-ALBERTO, “El Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia de su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9/2020.

ZATO ETCHEVARRÍA, MARÍA, Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea, *Revista de Mediación*, núm. 1/2015.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA, PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN, MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA, *Fundamentos de Derecho Penal parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.