

PERFIL CRIMINOLÓGICO

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

EL DEBIDO PROCESO Y SUS GARANTÍAS FUNDAMENTALES:

UNA DISCUSIÓN IMPOSTERGABLE

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Leonardo Alarcón Argudo
Fiscal General del Estado (E)

Mtr. Guido Quezada Minga
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Abg. Paula Cisneros Espinosa
Directora de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

Lic. Reinaldo Endara

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, septiembre de 2025

Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

PERFIL **37** CRIMINOLÓGICO

EDICIÓN 37

CONTENIDO

Presentación.....	1
El derecho a la no autoincriminación como derecho a la no colaboración activa.....	3
El principio de presunción de inocencia como garantía fundamental del debido proceso	27
La necesaria agilización de la justicia penal: entre las garantías y la eficiencia.....	47
El derecho a un proceso equitativo. Especial consideración del derecho a la asistencia letrada	63
Visión de túnel: potenciales impactos en la calidad de la investigación penal y decisiones erróneas	75
Debido proceso y justicia restaurativa.....	87

PRESENTACIÓN

El Estado de Derecho, en su dimensión material, se fundamenta en el acatamiento al ordenamiento jurídico y se orienta a la protección integral de todos los participantes del esquema social. Así, las garantías del debido proceso son pilares ineludibles para la legitimidad del sistema punitivo. En este contexto, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, tiene el alto honor de presentar la edición número 37 de la Revista Perfil Criminológico, titulada *"El debido proceso y sus garantías fundamentales: Una discusión impostergable"*. Este proyecto aborda la dogmática penal y procesal de los principios esenciales que rigen el proceso penal acusatorio. Analizamos a profundidad la garantía de no autoincriminación, entendida como el derecho a la no colaboración activa, así como el principio cardinal de presunción de inocencia, el cual exige que la carga probatoria de los hechos constitutivos de la pretensión penal recaiga en los órganos de persecución penal.


La importancia de tratar estas garantías desde el ámbito académico es insoslayable, puesto que el ejercicio de la titularidad de la acción penal pública requiere un pleno entendimiento de sus límites y extensiones dogmáticas. El valor de los estudios dogmáticos y empíricos aquí consignados es crucial para la mejora continua de las instituciones del Estado frente a las problemáticas sociales, al proponer un necesario equilibrio entre las garantías procesales y la eficiencia en la agilización de la justicia penal.

El propósito de esta publicación es impulsar y contribuir al debate jurídico, promoviendo una discusión académica y un estudio amplio de las garantías procesales penales. El beneficio dogmático y pragmático de este ejercicio reside en que el rigor investigativo de los conceptos teóricos promueve directamente el fortalecimiento del sistema de justicia penal.

La Dirección de Estudios Penales reitera su compromiso con la generación de espacios de reflexión crítica, esenciales para la constante evolución de nuestro ordenamiento jurídico. Es a través de esta tribuna científica que buscamos elevar el debate sobre las garantías constitucionales que rigen el proceso penal. Estamos convencidos de que, a través de un diálogo técnico, crítico y pluralista, podremos consolidar un sistema de justicia respetuoso de los derechos fundamentales.

Finalmente, expresamos nuestro más sincero agradecimiento a los autores e investigadores por sus valiosas contribuciones y a todo el equipo que colaboró con este proyecto. Su labor incansable hace posible que la Fiscalía General del Estado cumpla con su misión de contribuir al avance de las Ciencias Jurídicas, la Criminología y la Seguridad.

Paula Cisneros Espinosa
Directora de Estudios Penales
Fiscalía General del Estado



EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN COMO DERECHO A LA NO COLABORACIÓN ACTIVA¹

Juan José González López²

1. Precisiones conceptuales

La expresión "derecho a la no autoincriminación" guarda relación con unos derechos que, con distintas denominaciones, se refieren a la facultad reconocida a investigados y acusados de no declarar contra sí mismos o no declarar en absoluto. En España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado 311, 29 de diciembre de 1978 (CEs), el artículo 24.2 reconoce como derechos diferenciados el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a no confesarse culpable, en tanto en Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008 (CEc), se establece en su artículo 77.7 el derecho a acogerse al silencio (letra b)) y a no ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal (letra c)).

¹ El presente trabajo se apoya en gran medida en el previo Juan José González López, "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 40 (2016): 28-60.

² Profesor Asociado, Universidad de Burgos, España.

Es objeto de análisis doctrinal el contenido y alcance exactos de cada derecho. Así, se ha sostenido que el derecho a no declarar contra uno mismo implica el de no declarar en absoluto, en tanto el de no confesarse culpable supone la declaración sobre hechos presuntamente delictivos, pero con silencio sobre aquellas cuestiones que puedan comportar la incriminación del declarante³. De manera semejante, se ha atribuido al derecho a la no autoincriminación (el previsto en la letra c) del artículo 77.7 CEC) la interdicción de la obligación de declarar contra uno mismo y al derecho al silencio, la facultad de no declarar contra uno mismo o contra otros, esto es, de abstenerse de responder⁴. En definitiva, se trata de garantizar el derecho del investigado o acusado al silencio, sea total o parcial⁵.

Ahora bien, no basta con salvaguardar el silencio, total o parcial, sino que además éste debe resultar inocuo para el investigado o acusado, de manera que no opere como *ficta confessio* o quepa atribuirle valor incriminatorio⁶. Este requisito adicional es el que motiva que los derechos indicados se hayan subsumido en la expresión genérica de "derecho a la no autoincriminación"⁷. Y el que explica que el derecho a la no autoincriminación se distinga del "derecho al silencio" en que, no obstante, se subsume⁸.

2. Coerción, compulsión, ocultación y engaño

No es dudoso que el denominado "derecho a la no autoincriminación" ampara a su titular frente a cualquier forma de coerción (directa o indirecta) o compulsión dirigida a obtener su declaración o, de acuerdo con la concepción que se mantiene en este trabajo, cualquier otra clase de colaboración activa. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como expone en su "Sentencia de 13 de septiembre de 2016", *Caso Ibrahim y otros c. Reino Unido*, 13 de septiembre de 2016, incluye entre las tres clases de situaciones en que cabe pensar que existe una lesión del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) aquella en que un sospechoso es obligado a declarar bajo amenaza de sanciones, declara para evitarlas o es sancionado por

³ Julio Banacloche Palao, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", *Diario La Ley*, n.º 8415 (2014): 4-5.

⁴ Sebastián Alejandro Castro Molina y Joanna Carolina Ramírez Velásquez, "Análisis del derecho al silencio en la legislación Ecuatoriana", *MQR Investigar*, n.º 1 (2023): 2257.

⁵ En el "derecho al silencio" se engloban en María Isabel Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba* (Barcelona: J.M. Bosch, 1999), 297. Al respecto, en Javier Hernández García, "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", *Diario La Ley*, n.º 7427 (2010): 13, se sostiene que "Tal derecho-marco implica, entre otros, los derechos de la persona acusada al silencio y a no responder a alguna (derecho al silencio parcial) o a todas las preguntas (derecho al silencio total) que se le formulen y a no declararse culpable".

⁶ Julio Banacloche Palao, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", 193. España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 4984-2004*, 16 de abril de 2007, entre otras.

⁷ En este sentido, en Philippa Jane Roles, *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpreted and misapplied* (Saarbrücken: Lap Lambert Academic Publishing, 2010), 76, se distingue "privilegio contra la autoincriminación" y "derecho al silencio" en atención a que el primero exige apreciar judicialmente si concurre riesgo de autoincriminación en las respuestas que pueda ofrecer el testigo y el segundo se limita al silencio, sin excluir inferencias judiciales del mismo.

⁸ Señala la España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 3501-1996*, 16 de mayo de 2000, que "(...) aunque, ciertamente, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (STEDH Saunders, de 8 de febrero de 1996, § 68), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable". En relación con ello, Manuel Gómez Tomillo, "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 42 (2022): 1-3.

A este respecto, debe tenerse presente que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el Tribunal Constitucional español (TC) y Tribunal Supremo español (TS) admiten que se atribuya al silencio virtualidad corroboradora de la culpabilidad en determinadas circunstancias, lo que se reprocha en Susana Álvarez de Neyra Kappler, "La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea", *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario 1 (2017): 61 y ss. Acerca de esta postura y su problemática desde la óptica de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, Salvador Guerrero Palomares, "¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 de marzo, en materia de presunción de inocencia?", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 1 (2019): 182.

negarse a declarar y aquella en que se aplica presión física o psicológica, a menudo en forma de trato contrario al artículo 3 CEDH, para obtener la prueba o declaración⁹. Por el contrario, no resulta tan clara la eficacia de este derecho en relación con el engaño u ocultación a que pueda sometersele.

El TEDH identifica como situación comprendida en la garantía de no autoincriminación aquella en que las autoridades emplean un subterfugio para conseguir la información que no les fue accesible durante el interrogatorio, pero su encaje en la concepción general del derecho como protección "contra la obtención de pruebas mediante coerción u opresión" se antoja compleja¹⁰. La "coerción", la "compulsión" y la "presión" tienen en común que, con distintos grados de intensidad, se dirigen a vencer la resistencia del sujeto pasivo mediante acciones que fuerzan su voluntad. En cambio, la ocultación y el engaño no persiguen forzar la voluntad, sino alterar la formación de la voluntad. Tomando como referencia los vicios del consentimiento en relación con la validez de los contratos, las primeras hacen pensar en la violencia o intimidación (artículo 1267 de España, *Código Civil*, Gaceta de Madrid 206, 25 de julio de 1889, CCes) y los segundos en el error y el dolo (artículos 1266 y 1269 CCes); dicho sea sin perjuicio de la eventual legitimidad de estas actuaciones. Esta problemática construcción doctrinal explica los planteamientos que supeditan su aplicación a la presencia de un elemento de compulsión¹¹. No obstante, existe fundamento para la inclusión en el ámbito de cobertura del derecho a la no autoincriminación de los supuestos de ocultación y engaño.

Al tratarse de un derecho de tipo abstencionista, su eficacia se manifiesta en el momento en que el sujeto a que se requiere o interesa su colaboración activa exterioriza su decisión de no colaborar, esto es, cuando, ante una solicitud (o inducción) de declaración u otra acción que se hace llegar al titular del derecho y de que éste toma conocimiento, el intimado opta por guardar silencio o negarse a realizar lo que se le ha pedido. El engaño u ocultación padecida por el sujeto puede provocar que éste no adopte la postura indicada para, en su lugar, inclinarse por la totalmente opuesta, declarando o colaborando, en su inconsciencia sobre el alcance de su conducta. Esto puede deberse a que el titular ignora, por habersele ocultado, la condición de autoridad de quienes le requieren o solicitan su colaboración o el propósito de quien, sin ser autoridad, interesa su declaración o actuación, o porque se le ha mentido sobre tales elementos. En cualquiera de los dos casos, no se trata de ejercer presión sobre el titular del derecho para vencer su resistencia a la colaboración, sino de que el titular no ejerce el derecho porque las circunstancias en que tiene lugar su colaboración le han impedido ser consciente de la oportunidad de ejercerlo, de modo que el obstáculo a la abstención se manifiesta en un momento previo a la exteriorización de la no colaboración (a diferencia de lo que integra el supuesto clásico de la restricción del derecho) en forma de confusión (por ocultación o falseamiento de la información) del sujeto para que no haga uso del mismo¹².

Lo expuesto justifica la extensión del ámbito de cobertura del derecho a la no autoincriminación a la ocultación y el engaño¹³. Ahora bien, como se abordará posteriormente, al examinar el carácter

⁹ Un ejemplo de esta segunda situación es el examinado en TEDH, "Sentencia de 11 de julio de 2006", *Caso Jalloh c. Alemania*, 11 de julio de 2006, en que se administró un vomitivo al sospechoso para provocarle la expulsión de la droga que portaba escondida en su cuerpo.

¹⁰ El TEDH cita como precedente su TEDH, "Sentencia de 5 de noviembre de 2002", *Caso Allan c. Reino Unido*, 5 de noviembre de 2002, en que la policía se sirvió de un informante para que, confiadamente, el sospechoso declarara sobre los hechos delictivos.

¹¹ Representativa de la postura indicada es Philippa Jane Roles, *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpreted and misapplied*, 84.

¹² En este sentido, en Alberto Picón Arranz, "El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 79 (2022): 372, se señala que "la ausencia de la puesta en conocimiento del acusado de la posibilidad de ejercer su derecho a no autoincriminarse durante el procedimiento sancionador ya supone una vulneración del mismo".

¹³ Nos apartamos así (o al menos matizamos) de lo sostenido en Juan José González López, "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", 40-41.

procesal del derecho, su aplicación se viene limitando al supuesto de actuación en el marco de una superioridad institucional, con exclusión del ámbito particular. Y, procede añadir, no basta con que concurra ocultación o engaño en el contexto de la relación del sujeto declarante o actuante con las autoridades, sino que resulta preciso que también concurra un elemento teleológico: la finalidad de obtener una declaración o actuación inculminatoria.

La vida social que nos caracteriza como seres humanos se plasma, entre otros aspectos, en las múltiples comunicaciones e interacciones entre personas. Éstas pueden traducirse en manifestaciones o actuaciones con contenido inculminatorio cuyos destinatarios pueden ser particulares, pero también agentes de la autoridad, sean identificables como tales o, como resulta claramente más probable, no reconocibles en esa condición. Aplicado el derecho a la no autoincriminación sin matices, el solo hecho de la ocultación de esa identidad, por vestir los agentes “de paisano” o sin signos identificativos en su ámbito de acción (analógica o digital), implicaría negar validez desde la óptica del derecho que se viene abordando a cualquier colaboración activa que prestara el sujeto, por no advertirsele de la posibilidad de negarse a ésta. Un planteamiento así se antoja, sin embargo, excesivo, porque el sentido del derecho a la no autoincriminación es ofrecer una garantía frente a los intentos de que una persona participe (colabore) en su inculpación, y no una protección frente a conductas espontáneas en que no existe requerimiento¹⁴. Siempre que la expresión o realización de actuaciones inculminatorias acaezca en presencia de agentes de la autoridad cuya condición de tales se desconoce o en una interacción con éstos en que no se produce intimación o cualquier otro tipo de inducción a la autoincriminación, ésta queda excluida del ámbito de cobertura del derecho, que reclama como presupuesto la demanda de colaboración activa.

Otro tanto sucede con el engaño, siempre que no exista requerimiento (o inducción) de colaboración activa. Pero que no se infrinja el derecho a la no autoincriminación no supone que el engaño sea intrascendente cuando la interacción tiene lugar con agentes de la autoridad. Frente a lo que sucede en las relaciones entre ciudadanos que no ostentan la condición antedicha, en que el falseamiento de la realidad resulta en muchos casos inocuo, porque se revela intrascendente desde la óptica del consentimiento o asumible en el contexto de la confianza propia de la interacción, la alteración de la realidad efectuada por agentes de la autoridad presenta un carácter cualificado que solo excepcionalmente es inhábil para invalidar el consentimiento, pues propicia una relación que, pese a que no se induzca la colaboración activa, no tendría lugar si no fuera por el engaño¹⁵. Por ello, en las infiltraciones policiales resulta precisa una legitimación legal que ampare el engaño propio de esta medida de investigación¹⁶.

¹⁴ El TC, en línea con el TEDH, señala que “la garantía de no autoincriminación tutela frente a la aportación de información autoinculpatoria que sea fruto de coerción o compulsión, nunca cuando se suministra voluntariamente” (España Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Recurso n.º: 2914/2019*, 15 de febrero de 2021).

¹⁵ Juan José González López, “Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 85 (2007): 96.

¹⁶ Joaquín Delgado Martín, *Criminalidad organizada: (comentarios a la LO 5/9, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)* (Barcelona: J.M. Bosch, 2001), 97; Fernando Gascón Inchausti, *Infiltración policial y «agente encubierto»* (Granada: Comares, 2001), 242-243.

3. Derecho a la mentira

La jurisprudencia española ha vinculado a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable la posibilidad de mentir¹⁷. La integración de esta facultad en el derecho a la no autoincriminación parece introducir una grieta en su delimitación como derecho al silencio inocuo, por cuanto mentir, a diferencia del silencio, no supone una conducta omisiva, sino que implica una participación activa, si bien con una finalidad contraria al buen término de la investigación o acusación. Ese carácter activo impide subsumir la mentira, al menos terminológicamente, en el “derecho al silencio” y también, aunque no de forma tan clara, en el derecho a la no autoincriminación. Evitar que el investigado o acusado sea obligado a imputarse no precisa que se le permita mentir, pues la mentira no se orienta a no declarar o confesar, sino a eludir la inculminación que se dirige contra el investigado o acusado mediante una presentación intencionadamente incierta de los hechos acerca de los cuales se le interroga. Por ello se ha apelado al sentido negativo de los derechos del artículo 24.2 CE y a los efectos perjudiciales de las eventuales mentiras para terceros para negar ese derecho y sostener la constitucionalidad de la obligación de decir verdad¹⁸.

Aunque el TC engloba la mentira en los derechos identificados en la expresión más amplia de derecho a la no autoincriminación, esta integración está sujeta a importantes matices, hasta el punto de resultar dogmáticamente poco sólida. Así, por una parte, se excluye que “los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir” y, por otra, señala que “la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad”. De este modo, además de rechazarse la naturaleza *iusfundamental* del derecho a mentir, lo que se halla en contradicción con su subsunción o vinculación al derecho a la no autoincriminación, de raigambre constitucional, la inocuidad de la mentira se muestra parcial, ya que, si bien fundamenta la no aplicación del delito de falso testimonio, predicable de testigos y peritos (Capítulo VI del Título XX del Libro II de España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995, CP), pero no de los investigados, se atribuye eficacia a la versión de descargo que, de emplearse la mentira, falta a la realidad. Tal configuración hace que se antoje adecuado evitar introducir una dimensión activa (la mentira como conducta entorpecedora de la investigación o acusación) en el derecho a la no autoincriminación, a fin de lograr mantener la coherencia de la construcción dogmática del derecho, caracterizado por una proyección omisiva.

4. Aplicación a la aportación de elementos probatorios distintos de las declaraciones

En este epígrafe se aborda si el derecho a la no autoincriminación se limita a las expresiones de carácter oral (respecto de las cuales es pacífica su inclusión en el derecho) o también se extiende a conductas no verbales, tales como la aportación de documentos y las intervenciones corporales.

¹⁷ España Tribunal Constitucional, *Sentencia 142/2009, de 15 de junio de 2009. Recurso de amparo 2406-2006. Promovido por don Juan Manuel Morillo Ruiz y otra persona frente a la Sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que desestimó su recurso contra el Ayuntamiento de Sevilla sobre sanción disciplinaria por una falta leve de atentado a la dignidad de los funcionarios o de la Administración. Supuesta vulneración de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable: policías locales sancionados por haber faltado a la verdad en un procedimiento de información reservada sobre la denuncia de un ciudadano en relación con unas multas de tráfico. Voto particular concurrente*, Boletín Oficial del Estado 172, 17 de julio de 2009, BOE-A-2009-11919. Concretamente afirma el Alto Tribunal que “(…) es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) (…”. Al respecto, Federico Pastor Ruiz, “El derecho a mentir: el tratamiento de la mentira del imputado”, *Diario La Ley*, n.º 8155 (2013): 1-4.

¹⁸ Julio Banacloche Palao, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, 198.

El TC tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la relación con estos derechos de los controles de alcoholemia. El Tribunal Constitucional de España. en su sentencia de 4 de octubre de 1985, mantuvo que:

[...] el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución.¹⁹

En cuanto a la aportación de documentos, es paradigmática la sentencia de 26 de abril de 1990 del Tribunal Constitucional:

Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica verbi gratia, el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas), cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad.²⁰

Aunque ambos pronunciamientos parecen coincidentes en su fundamentación, existe una importante diferencia de la que después nos ocuparemos.

Pareciera que la jurisprudencia constitucional se inclina por una concepción del "derecho a la no autoincriminación" constrictora del mismo a los supuestos de emisión de declaraciones o manifestaciones de voluntad, no necesariamente orales²¹. Sin embargo, con posterioridad lo ha extendido a la aportación de documentos (listados, libros, justificantes y registros contables), aunque en el caso examinado concluyera que no existió afectación por haberse dirigido la petición a una persona distinta del investigado²². Más restrictivo se muestra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que lo limita a la contestación de preguntas y rechaza su aplicación a la entrega de documentos, aunque de ellos se derive el reconocimiento de una infracción²³. No es ésta la postura del TEDH, que ha extendido la aplicación del derecho a las entregas de documentación no comprensiva de manifestaciones de voluntad o declaraciones, siempre que no tenga una existencia independiente de la voluntad del sujeto²⁴.

Por nuestra parte, somos partidarios de una concepción amplia del derecho a la no autoincriminación²⁵. Si la finalidad del derecho es evitar que el sujeto se vea obligado a participar en su incriminación, no parece que sea adecuado acudir a una hermeneusis formal de los términos empleados ("declaración", "confesión") para excluir del ámbito de cobertura conductas que pueden ser tan autoincriminatorias, si no más, que una declaración emitida por el investigado o acusado. De hecho, dado que la confesión no es prueba tasada en el proceso penal (artículo 406 de España, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Gaceta de Madrid 260, 17 de septiembre de 1882, LECrim), basta pensar en que determinados objetos (arma empleada, documentos contables,

etc.) pueden presentar un mayor peso acusatorio de cara a la valoración probatoria que una declaración cuyos móviles resulten sospechosos. En virtud de ello, parece exigible una mayor protección que la correspondiente al derecho a no declarar contra uno mismo aplicado a las declaraciones del investigado²⁶. Y es por esta razón que abogamos por una concepción del derecho como "derecho a no colaborar", sea en forma de declaración o de aportación de otros elementos de prueba.

En conexión con ello, no cabe vincular el derecho a la consideración del acusado como fuente de prueba²⁷. No ya sólo por el carácter injustificadamente restrictivo de tal concepción, que excluiría la aplicación del derecho a elementos probatorios no constitutivos de declaraciones del investigado pero en poder de éste, sino también porque el investigado como fuente de prueba debería incluir las muestras procedentes del mismo (ADN, vestigios corporales, etc.) y también documentos por él elaborados, que justamente se han excluido con carácter absoluto del ámbito de cobertura del derecho o que deberían serlo por no comportar colaboración activa del sujeto, sino simple abstención.

Relacionada con la concepción anterior se halla la muy coherente, aunque rechazable, doctrina que vincula el derecho a la no autoincriminación a la voluntad del sujeto, de forma que sólo se comprenden en el ámbito del derecho las manifestaciones orales o escritas cuya producción o creación depende de su voluntad y, consecuentemente, quedan fuera las pruebas "reales" (independientes de la voluntad del sujeto) y los documentos cuya creación no efectúa el investigado²⁸. Esta doctrina, unida al carácter procesal del derecho, ofrece un ámbito de eficacia de éste ciertamente congruente en su construcción, aunque extremadamente reducido y rechazable desde la óptica del fundamento del mismo, como analizaremos seguidamente, pero pierde su certeza cuando la voluntariedad se desvincula de la compulsión por la autoridad, ante la falta de criterios sólidos que permitan delimitar los supuestos en que el documento debe entenderse originado a instancia del sujeto o no²⁹.

Antes de abordar las razones para el rechazo anunciadas, conviene aludir a los reproches efectuados a la distinción entre pruebas "reales" y creadas por la voluntad del sujeto. Así, se ha señalado que la existencia de un documento sería tan independiente de la voluntad del obligado a colaborar con la Administración Tributaria como la existencia de una muestra corporal y, si bien se reconoce que el comportamiento anterior del individuo (la emisión de recibos o el consumo de alcohol, por ejemplo) tendría incidencia en el contenido del documento en cuestión y en la muestra de sangre obtenida, no se aprecia ningún motivo válido para considerar que dicha

²⁶ Esta postura es mantenida en José Francisco Etxeberria Guridi, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales* (Madrid: Trivium, 1999), 531.

²⁷ La aparente vinculación enunciada se apunta en Julio Banacloche Palao, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", 196.

²⁸ Así, en Philippa Jane Roles, *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpreted and misapplied*, 38, se diferencia la "prueba testifical", que es la que procede de la boca del testigo y, por tanto, requiere la completa cooperación del individuo para su obtención, con la particularidad de que esta forma de prueba no tiene, ni puede tener, una existencia independiente de la voluntad del testigo, de la "prueba real" y de la mayor parte de las documentales, que pueden existir independientemente del testigo y no precisan ser creadas por el individuo en respuesta a un requerimiento de información.

Representativo de la postura enunciada, que encuentra su apoyo en la doctrina del TEDH de que es reflejo la TEDH, "Sentencia de 17 de diciembre de 1996", *Caso Saunders c. Reino Unido*, 17 de diciembre de 1996, es José Alberto Sanz Díaz-Palacios, "Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria", *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 19 (2008): 7.

²⁹ Así, en José Alberto Sanz Díaz-Palacios, "Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria", 7, se identifica una compraventa mercantil como documento creado por la voluntad de las partes (y, en aplicación de su postura, amparado por el derecho a no declarar) y un contrato de donación de bien inmueble como documento con génesis en la voluntad del legislador. Se relativiza de este modo la naturaleza igualmente consensual en ambos casos, con independencia de que la donación de bienes inmuebles exija documento público como requisito constitutivo. La escritura de donación tiene su origen en la voluntad del donante como lo tiene el contrato de compraventa. Este argumento no se obvia por el autor, que opone que el análisis debe centrarse, a su decir, en la existencia física del documento. Mas ello implicaría que el derecho a no declarar dependiera de que se exija la forma *ad solemnitatem*, lo cual supondría dejarlo en manos de un legislador orientado a la seguridad del tráfico y no a las garantías procesales.

¹⁹ España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 855-1984*, 4 de octubre de 1985.

²⁰ España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 695-1985*, 26 de abril de 1990.

²¹ Así, en España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 2603-2013*, 16 de marzo de 2015, se aplica a actas de conformidad.

²² España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 3147-2001*, 1 de febrero de 2005.

²³ Adán Nieto García, "«Nemo tenetur se ipsum accusare» en el Derecho Penal económico europeo", en *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, coord. Luis María Díez-Picazo y Adán Nieto Martín (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2010), 408.

²⁴ Así lo recuerda, entre otras, TEDH, "Sentencia de 11 de julio de 2006", *Caso Jalloh c. Alemania*.

²⁵ En esta línea, Manuel Gómez Tomillo, "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", 3-4.

muestra sea independiente de la voluntad del sujeto y no el documento de que se trate³⁰. Sin embargo, aunque la fuente de prueba (alcohol en sangre, contenido del documento) obedece a la voluntad del sujeto en ambos casos, el medio de prueba (muestra corporal, documento) no. La sangre es independiente del sujeto, que no puede evitar que el alcohol consumido se refleje en la sangre, en tanto el documento se genera por la exclusiva voluntad del sujeto, que podría evitar su existencia con sólo desearlo³¹.

Expuesto lo anterior, la teoría de que nos estamos ocupando hunde sus raíces, aunque no se diga de forma tajante, en la coacción aplicada al sujeto³². Es evidente que el grado de violencia o intimidación necesario para que una persona produzca aquello cuya generación depende de su exclusiva voluntad no es equiparable (como no lo es la cooperación que se presta) a la precisa para conseguir una facilitación de elementos de prueba que ya existían o que existen por la actividad de terceros, si bien se hallan en poder del sujeto a coacción. La coactividad para lograr la confesión no es equiparable a la susceptible de conseguir la entrega de objetos. Ahora bien, que esta diferencia exista y requiera, por ende, su adecuada valoración y eficacia a efectos procesales no significa que desde el punto de vista incriminatorio la entrega de medios de prueba no generados por el sujeto, pero en su poder, no sea tan relevante, si no más, que la confesión. La obtención de la confesión por medios coactivos repugna a nuestra conciencia jurídica y es lógico que se rechace (máxime atendidos los antecedentes históricos), pero la fiabilidad de una confesión (sometida a la libre apreciación de la prueba) puede ser, y seguramente será, menor que la aparejada a una muestra de ADN que, según la concepción que analizamos, estaría excluida del derecho por no deber su existencia a la voluntad del sujeto. El ámbito de cobertura del derecho no ha de depender de la proporcionalidad de la compulsión empleada, que no determina diferencia alguna en el contenido incriminatorio de lo obtenido, sino que es el medio para obtener tal contenido.

El carácter igualmente incriminatorio, al margen de la distinta intensidad de los medios coactivos, se conecta con la presunción de inocencia, que exige que sean los poderes públicos los que aporten los medios de prueba que desvirtúen tal presunción. La aportación debe venir precedida por la consecución de los medios y es ahí donde adquiere su sentido el derecho a la no colaboración activa. Exista o no el medio de prueba por la voluntad del investigado, no se aviene con la legitimidad de una postura puramente pasiva, abstencionista, del sujeto que se habilite a las autoridades encargadas de la investigación penal no sólo para buscar y obtener lo que ya existe y cuya consecución es compatible con la pasividad del investigado, sino también para obligar a éste a que proporcione los elementos susceptibles de desvirtuar su presunción de inocencia.

A este respecto, uno de los elementos en que se ha centrado el debate acerca del alcance del derecho a la no autoincriminación es el carácter apriorísticamente incriminatorio o no de los documentos como requisito para que queden comprendidos en el ámbito de cobertura

³⁰ Voto Particular de la Jueza Power-Forde en TEDH, "Sentencia de 5 de abril de 2012", *Caso Chambaz c. Suiza*, 5 de abril de 2012. Este Voto Particular es objeto de comentario en José Alberto Sanz-Díaz Palacios, "El derecho de los contribuyentes a no autoinculparse en el asunto Chambaz contra Suiza. (Comentario de la STEDH de 5 de abril de 2012)", *Tribuna Fiscal*, n.º 263 (2012): 25-30.

³¹ En este sentido, se afirma en José Alberto Sanz-Díaz Palacios, "El derecho de los contribuyentes a no autoinculparse en el asunto Chambaz contra Suiza. (Comentario de la STEDH de 5 de abril de 2012)", 29-30, que "*Power-Forde confundiría la voluntad del contribuyente relativa al acto de colaboración en sí mismo considerado, y aquélla otra que se pone de manifiesto en la propia génesis del material o elemento que se aporta*".

³² Prueba de ello es que en TEDH, "Sentencia de 11 de julio de 2006", *Caso Jalloh c. Alemania*, a pesar de apuntar que la prueba obtenida (la droga escondida) encajaría en la categoría de elementos que, en último término, existen independientemente de la voluntad del sujeto, señala como diferencias con los supuestos de Sentencias anteriores (*Saunders*, en particular) que el vomitivo se empleara para vencer la voluntad en contra del sujeto, así como el grado de compulsión empleado, que el Tribunal llega a calificar de trato inhumano o degradante. Este mismo razonamiento conduce en TEDH, "Sentencia de 29 de junio de 2007", *Caso O'Halloran y Francis c. Reino Unido*, 29 de junio de 2007, a estimar no violado el derecho a no autoinculparse, al considerar proporcionado el grado de compulsión en relación con la finalidad perseguida y el contexto regulador en que se produjo (información requerida al conductor respecto de una infracción en materia de tráfico).

del derecho³³. La fijación del carácter del documento no puede, sin embargo, establecerse de manera abstracta, pues es únicamente el investigado el que, ante la solicitud de aportación que se le dirige, puede valorar las consecuencias que la facilitación del documento es susceptible de acarrearle³⁴. Además, aplicado de forma restrictiva, como sucede en la sentencia de 21 de diciembre de 1995 del Tribunal Constitucional de España, conduce a exigir que la declaración sea de expreso reconocimiento de responsabilidad o autoría del delito, lo que reduce al mínimo el ámbito de aplicación del derecho y se presta a todo tipo de hermeneusis cercenadoras del mismo, pues se excluirá siempre que se reconozcan hechos (por muy inculpatórios que sean) y no literalmente comisión de infracciones³⁵.

5. Delimitación del tipo de colaboración comprendida en el derecho

Aclarado lo anterior, otro paso para delimitar el derecho es el tipo de colaboración que se reclama del investigado o acusado. El hecho de que los derechos lo sean a no declarar y no confesarse culpable apunta a que la colaboración que no cabe exigir al sujeto pasivo procesal es la activa, más concretamente la positiva *in faciendo*, en su contra³⁶. Contemplado desde la óptica del sujeto pasivo procesal, no se le reconoce un derecho a realizar cuanta actuación tenga por conveniente en el curso del proceso. Sí, indudablemente, se le reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 CE), así como a intervenir en las diligencias de investigación y/o aseguramiento de fuentes de prueba, pero incluso el derecho de defensa admite límites, como ocurre en caso de declararse secretas las actuaciones (artículo 302 LECrim). Y si existen restricciones a la actuación en el caso de conductas que, en principio, no están dirigidas a obstaculizar el debido curso del proceso, aún más evidentes son las atinentes a acciones entorpecedoras, cuya contravención llega al punto de justificar la prisión provisional para "evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto" (artículo 503.1.3º.b) LECrim). Lo expuesto ahonda en la visión restrictiva del "derecho a mentir".

Al investigado o procesado se le pueden imponer deberes de abstención y también positivos *in patendo*, sin que ello entrañe vulneración del derecho a la no colaboración. En cuanto a los positivos *in faciendo*, caben siempre que no impliquen riesgo de autoincriminación (verbigracia,

³³ Este planteamiento ha encontrado eco, de hecho, en la jurisprudencia del TC, como hemos expuesto. Relacionada con ello, la postura del TJUE de obligación de facilitar toda la información necesaria relacionada con los hechos de que tiene conocimiento y exclusión de la imposición de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción no sólo supone exceptuar el silencio respecto de informaciones que pueden ser tan reveladoras como las respuestas, sino también generar una importante inseguridad jurídica para determinar qué respuestas implican admitir la existencia, lo que en algunos casos sólo podrá hacerse después, cuando se ha infringido el derecho, Pedro Rosón Silván, "El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria", *Tribuna Fiscal*, n.º 218 (2008): 21.

³⁴ Compartimos el rechazo manifestado en Pedro Rosón Silván, "El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria", 21, a la afirmación de que la exhibición de contabilidad no puede considerarse prueba incriminatoria por exigir análisis. Sostiene el autor citado que, una vez iniciado el proceso punitivo, existe una búsqueda de pruebas que justifica la prevención a facilitar información del imputado, que es el único que puede hacer el juicio sobre la eventual relevancia de lo que se le exige que aporte.

³⁵ Compartimos el rechazo al criterio de dicha STC manifestado en Julio Banacloche Palao, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", 197, sobre todo a la luz de la posterior España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 1264-1994*, 11 de marzo de 1994, en que se afirma que "*Tampoco la conducta del recurrente, negándose a colaborar con la Administración en la identificación del piloto de su barco en el momento de ocurrir los hechos objeto de la sanción administrativa, es suficiente para destruir la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, le protege y tutela. Nadie está obligado a declarar contra sí mismo*". No creemos aventurado apuntar que la razón de la aceptación de esa obligación respecto de la circulación de vehículos a motor en carretera está relacionada con la dificultad de identificar al conductor y la habitualidad de tal tráfico.

³⁶ Acerca de la clasificación de los deberes de colaboración en positivos *in faciendo*, positivos *in patendo* y negativos, Juan José González López, "Los deberes de colaboración de las empresas en la prevención e investigación de delitos: algunas consideraciones", en *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, coord. Julio Pérez Gil y Raquel De Román Pérez (Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2011), 342-343.

tiene obligación de comparecer a presencia judicial). Así, la práctica de diligencias de investigación como el reconocimiento, las intervenciones corporales (una vez, claro está, que el investigado esté a disposición de las autoridades encargadas de la práctica de la medida) y la entrada y registro requieren que el sujeto pasivo “tolere” (en palabras del Tribunal Constitucional de España, en su sentencia de 4 de octubre de 1985) que se lleve a cabo la actuación investigadora, es decir, que adopte una actitud pasiva, de dejar hacer³⁷. Ciertamente, la oposición a la realización de la diligencia es activa (fuga, resistencia física, oposición a la entrada, etc.), pero entre la “actividad” propia de la obstaculización y la “actividad” exigida en el caso de la colaboración activa existe una diferencia sustancial. En el supuesto de la colaboración, la actividad del investigado es justamente lo que se pretende, en tanto en el supuesto del deber *in patento* es algo indeseado. A la inversa, contemplado desde el punto de vista del investigado o acusado, en el caso de la colaboración activa su oposición a la misma consiste en no hacer lo que se le reclama, mientras en el deber *in patento* su rechazo de la medida se manifiesta en el impedimento de una actuación ajena. En dicha diferencia radica que lo exigido al investigado o acusado en las medidas que comportan un deber *in patendo* no pueda considerarse activamente autoincriminatorio, pues lo único que se espera del sujeto pasivo es que permita la práctica, no que realice conducta alguna³⁸.

Hemos dicho activamente autoincriminatorio, porque la pasividad puede ser igualmente autoincriminatoria. La persona que permite su reconocimiento, o una analítica de sangre, o la entrada en su domicilio será consciente, de ser responsable del hecho punible, de que al permitir (no obstaculizar) la diligencia hace posible el conocimiento de hechos o circunstancias que ponen de manifiesto su culpabilidad, por lo que podría concluirse que exigir al investigado la tolerancia de tales medidas contraviene su derecho a la no autoincriminación. Mas incluir en el ámbito de los derechos comprendidos en esa denominación la obstaculización de medidas supondría, al igual que sucede con el “derecho a mentir”, abandonar la dimensión omisiva del derecho e introducir elementos activos en el mismo, con la consecuencia de desdibujarlo. Procede insistir en que el derecho que se desprende es el derecho a no imponer que el sujeto pasivo procesal colabore activamente en su imputación, esto es, a no exigir que el sujeto realice hechos que le incriminen, de lo que deriva que su actitud puede ser omisiva sin repercusiones negativas, pero no activa (obstruccionista), ya sea el entorpecimiento llevado a cabo a iniciativa del sujeto o como respuesta a una medida que no desea tolerar. De ahí que abogemos por identificar el derecho de que nos venimos ocupando como “derecho a la no colaboración activa”, pues tal

³⁷ Partidarios de rechazar la imposición al imputado de cualquier colaboración activa en la realización de medidas de investigación son Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, “La intimidad corporal, devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)”, *Poder Judicial*, n.º 14 (1989): 123-130; y, Ángel Gil Hernández, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales* (Madrid: Colex, 1995), 463, en relación con las intervenciones corporales. Con respecto a la Administración sancionadora, aunque con un planteamiento trasladable al ámbito penal, José Garberí Llobregat, “Presunción de inocencia *versus* deber de colaboración con la Administración sancionadora (Comentario a la STC 219/1988, de 22 de noviembre)”, *Poder Judicial*, n.º 14 (1989): 121. Respecto de los análisis de alcoholemia, Fernando Lorente Hurtado, “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, n.º 1 (1986): 65. En lo tocante a las comunicaciones electrónicas, Blas Alberto González Navarro, “Criptología y libertades públicas”, en *Internet y derecho penal*, coord. Juan José López Ortega (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001), 227 y ss, en que se califica de propia de “países con algún déficit democrático” la compulsión al investigado para que entregue las claves de cifrado. A esta compulsión se opone igualmente Manuel Marchena Gómez, “Dimensión juridico-penal del correo electrónico”, *Diario La Ley*, n.º 6475 (2006): 16. Se muestran partidarios de reconocer al imputado el derecho a oponerse a prestar una colaboración activa en la práctica de diligencias y únicamente tener que aceptar la asunción de conductas pasivas José Luis Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal* (Barcelona: Bosch, 1984), 225; José María Asencio Mellado, *Prueba prohibida y prueba preconstituida* (Madrid: Trivium, 1989), 143; y, María Isabel Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, 255.

³⁸ En este sentido, en Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños, “El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN”, *Diario La Ley*, n.º 8571 (2015): 1, se señala, respecto de la reforma *lege ferenda* del artículo 520.6 LECrim, que el empleo previsto de la *vis física* para obtener muestras de frotis bucal puede ser cuestionable desde la óptica de los derechos a la integridad física y a la intimidad, “pero no contrario al derecho a no declarar contra uno mismo, pues la resistencia es activa, pero lo que se pide en el sujeto es pasividad”.

nomenclatura excluye la colaboración pasiva³⁹.

La conclusión anterior parece contrastar con el rechazo de la jurisprudencia a la imposición coactiva de las intervenciones corporales. Si no existe un derecho a oponerse a la práctica de diligencias que únicamente reclaman la tolerancia del sujeto pasivo a su práctica, debería ser posible imponerlas por los medios adecuados, que incluirían la *vis física*. Tal objeción, sin embargo, no cuestiona lo expuesto, ya que el debate acerca de la admisibilidad de la coerción física para la realización de las intervenciones corporales no se relaciona, admitido el planteamiento por el que abogamos, con el derecho a la no autoincriminación activa, sino con otros derechos fundamentales que se ven implicados. Ciertamente la afección a derechos fundamentales como la integridad física y moral y la intimidad se solapa en ocasiones con la del derecho a la no colaboración activa, pero ello no responde a que este derecho sea una derivación de ellos, sino a que los ámbitos de cobertura pueden coincidir en función del tipo de información que se obtenga con la colaboración activa (intimidad) o de los medios empleados para conseguirla (integridad física y moral). Esta coincidencia, de hecho, también se da en caso de colaboración pasiva. Vincular el derecho a la no autoincriminación con esos derechos (sustantivos, además) conllevaría que, en caso de coacción liviana o reducida o de no injerencia en información íntima (como puede ser la contable) no se apreciara afección al derecho o se aceptara por insignificante, lo que supondría diluir el derecho y obviar que su fundamento adecuado se halla en el derecho de defensa, que habilita al imputado para mantener una actitud puramente omisiva o abstencionista.

A partir de lo expuesto, no puede compartirse la afirmación del Tribunal Constitucional de España, en su sentencia sobre el *Recurso n.º 855-1984* (reiterada en otras posteriores, como la sentencia del TC en el *Recurso n.º 4198/1996* de que el control de alcoholemia no vulnera el derecho a no declarar contra uno mismo porque únicamente obliga al afectado a tolerar que se le haga objeto de una pericia, pues, a diferencia de las intervenciones corporales o de la entrada y registro, la colaboración que se reclama del sujeto pasivo no es de mera tolerancia, sino de colaboración activa (espirar)⁴⁰. En esta línea, tampoco resulta admisible la diferenciación que se apunta entre “aportar prueba” (revelación obligada de elementos probatorios que, al ser requeridos, se encuentran fuera del alcance del poder público) y “soportar” prueba (exigencia de cierta actitud colaborativa, que incluso puede implicar un mínimo comportamiento activo, a fin de obtener una prueba que, de todos modos, está al alcance de las autoridades)⁴¹.

En primer lugar, la colaboración activa desdibuja, como se ha expuesto, el contenido omisivo del derecho, que se dirige a evitar cualquier exigencia de participación del sujeto pasivo procesal en su incriminación. Por leve que sea la colaboración activa (y la levedad es, en sí misma, de difícil cuantificación), se exceden los límites del derecho. En segundo lugar, la admisión de la colaboración activa en caso de que se trate de elementos al alcance de las autoridades presenta una aparente incongruencia interna y, lo que es más decisivo, diluye los límites entre deberes

³⁹ En esta línea, se mantiene en Fermín Javier Echarri Casi, “Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?”, *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 1 (2023): 16, que “no pueda hacerse recaer en el investigado la obligación de aportar elementos probatorios directos, en contra de su voluntad, como puede ser, por ejemplo, una documentación de contenido incriminatorio”. En Diego Fabricio Tixi Torres et al., “El principio nemo tenetur se ipsum, su aplicación en materia penal en el Ecuador”, *Uniandes Episteme. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, n.º 6 (2019): 767, se emplea la expresión “principio de pasividad” para referirse a “el no hacer nada por parte de la persona que está siendo procesada”.

No es esta una postura pacífica, ni mucho menos. Así, en relación con el ámbito tributario, se mantiene en José Alberto Sanz Díaz-Palacios, “Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria”, 7, que el acceso a un diario económico en el marco de una entrada y registro de un local de negocio supondría aportación coactiva y, dado su contenido declaratorio de voluntad y/o conocimiento, sería ilegítimo.

⁴⁰ En este sentido, en Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños, “El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN”, 13, se señalan como diferencias entre los controles de alcoholemia y la obtención de muestras de ADN mediante frotis bucal que en el primer caso se exige una acción voluntaria del acusado (espirar aire) y una mayor gravedad de la injerencia. Esta segunda característica pone de manifiesto la influencia de la gravedad de la injerencia en el análisis de este tipo de medidas, que también se proyecta sobre el derecho del que nos venimos ocupando.

⁴¹ Óscar Serrano Zaragoza, “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, n.º 8415 (2014): 4-5.

pre e intraprocesales. La incongruencia a que nos referimos consiste en que si los elementos en cuestión están al alcance de las autoridades, no acierta a entenderse, en principio, por qué imponer una colaboración activa, contraria a la no autoincriminación, para obtener lo que se podría conseguir con la simple abstención del sujeto pasivo. La incongruencia es, sin embargo, sólo aparente, pues el "soporte" de la prueba en realidad pretende proyectar al proceso deberes impuestos con anterioridad. Así, con arreglo a tal construcción, sería exigible a una persona que tiene el deber legal de llevar y mantener una contabilidad que, en el curso de un procedimiento sancionador o proceso penal facilitara esa documentación que, con arreglo a la Ley, tiene la obligación de llevar⁴². Frente a ello, procede distinguir entre el deber de llevanza, previo al proceso, y el deber de exhibición.

Si bien el deber de llevanza incluye el de tener a disposición, tal puesta a disposición debe entenderse en un sentido compatible con el derecho a la no colaboración activa, es decir, que la puesta a disposición sólo implica que los elementos a que se refiere el deber han de conservarse de forma que sean accesibles a las autoridades, de modo que, cuando se acuerde el acceso, sólo sea exigible del sujeto pasivo una actitud omisiva. Pero si el sujeto sobre el que recae el deber incumple el deber de llevanza y mantenimiento a disposición, no cabe acudir al "soporte" probatorio para imponer una colaboración activa, pues iría contra el derecho a la no colaboración activa. Ello no implica que el sujeto pueda acogerse a tal derecho para excusar el cumplimiento del deber de llevanza, pues la infracción del deber existe y ha de ser sancionada de acuerdo con la normativa que le impone el deber, previo al proceso. Pero no es admisible que, a través de deberes extraprocesales, sancionables en caso de incumplimiento, se establezcan deberes de colaboración activa susceptibles de dejar en nada el derecho a la no colaboración activa⁴³.

Lo anterior, en combinación necesaria con el carácter procesal/procedimental del derecho, a que nos referiremos seguidamente, explica los límites a los deberes de colaboración activa que se establecen en Leyes como España, *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Boletín Oficial del Estado 103, 29 de abril de 2010, sin perjuicio de que los propios deberes extraprocesales deben sujetarse a su propio juicio de legitimidad, pero no desde la óptica del derecho a la no colaboración activa.

6. Carácter procesal/procedimental⁴⁴

En una primera aproximación, el derecho a la no autoincriminación se presenta como de naturaleza procesal⁴⁵. Pero esta caracterización, vinculada al proceso penal por el componente autoincriminatorio que ha de aparecer en la acción del sujeto titular del derecho, se antoja indebidamente restrictiva, porque el fundamento en el derecho de defensa respecto de imputaciones o acusaciones conduce a que haya de predicarse de toda aquella actuación

⁴² Philippa Jane Roles, *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpretedand misapplied*, 45, sostiene, respecto de supuestos de deber de conservación de información, que *"la importancia que ostenta en la regulación de una actividad particular justificaria la pérdida de protección contra la autoincriminación que acaece como resultado de una obligación normativa de presentar esos archivos"*.

⁴³ Muestra de la postura que mantenemos es la distinción que se apunta en Philippa Jane Roles, *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpretedand misapplied*, 42, entre documentos cuya creación fue el resultado de una compulsión para ello y aquellos previamente existentes y respecto de los cuales el empleo de los medios de compulsión obedeció a su puesta a disposición de los tribunales, siempre que se entienda, matizamos, que la coacción, en este segundo caso, se limita a la precisada de una colaboración puramente pasiva del imputado.

⁴⁴ Matizamos lo sostenido en Juan José González López, "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", 54 y ss.

⁴⁵ Así, se afirma en Julio Banacloche Palao, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", 194-195, que su contenido es procesal, *"pues su ámbito de aplicación se circunscribe a procesos en los que existe una persona acusada de la comisión de una infracción penal –de ahí que se utilicen los términos «confesar» y «culpable», de honda raigambre en el proceso penal.- Su inclusión en el artículo 24.2 de la Constitución no hace sino acentuar dicho contenido procesal penal, al ser este un precepto dirigido a establecer las garantías procesales básicas que el ordenamiento jurídico debe respetar en la configuración de un proceso penal que sea conforme a la Constitución"*.

que, aunque sea de tipo procedimental (no procesal), tenga naturaleza sancionadora y que, consecuentemente, se mantenga que debe reconocerse en el procedimiento administrativo sancionador⁴⁶.

Un paso más en la delimitación del derecho reclama la conceptualización del carácter procedimental como elemento determinante del ámbito de cobertura del derecho en un sentido material, no formal. La clave para la aplicación del derecho a la no autoincriminación ha de situarse, merced a su fundamento en el rechazo a que el investigado colabore en su represión vía aportación de elementos inculpatorios, en la dimensión investigadora de la actuación en cuestión, de manera que, si ésta se dirige al esclarecimiento de un hecho aparentemente ilícito y apunta a una determinada persona como posible responsable, la actuación aparece como ínsita en una eventualmente punitiva, más allá de que formalmente no corresponda a un proceso penal o administrativo sancionador. Así entendido el ámbito de cobertura del derecho, todas las actuaciones previas, información reservada o investigaciones "informales" son susceptibles de verse afectadas por dicho derecho, desde el momento en que la averiguación se dirija o se señale a un sujeto concreto como posible autor o responsable de los hechos investigados⁴⁷. La clave radica en el carácter reactivo de la investigación y en la dirección de ésta contra un sujeto determinado al que se apunta como posible responsable.

Limitado el alcance del derecho a la no colaboración activa al proceso (o procedimiento) sancionador, incluida la investigación encaminada al ejercicio de la potestad sancionadora, cabe concluir la legitimidad, desde el punto de vista de tal derecho, de determinadas actuaciones cuya constitucionalidad se ha venido cuestionando⁴⁸. Es el caso de los deberes aparejados al procedimiento de inspección tributaria que, si bien implican una colaboración activa, no se enmarcan en un procedimiento sancionador, sino en otro orientado al cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 31 CE⁴⁹. Otro tanto puede sostenerse respecto de los controles de alcoholemia, que no se sitúan en el curso de un proceso penal, sino que constituyen medidas

⁴⁶ Afirma España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 2848-1993*, que *"El ejercicio del «ius puniendi» del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo"*. También el TEDH lo ha estimado aplicable al procedimiento sancionador en Sentencias TEDH, "Sentencia de 3 de mayo de 2001", *Caso JB c. Suiza*, 3 de mayo de 2001. Al respecto, Alberto Picón Arranz, "El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE", 376-377.

⁴⁷ En esta línea, en Manuel Gómez Tomillo, "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", 12, se señala que *"en el caso español, también debe concluirse que es operativo el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse en los procedimientos de información reservada"*. Frente a ello, España Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *Recurso n.º: 337-2009*, 22 de junio de 2011, afirma que *"el derecho a no autoinculparse surge cuando se inicia propiamente el procedimiento sancionador, que no excluye la existencia de comprobaciones administrativas previas"*.

⁴⁸ En este sentido, en Manuel Gómez Tomillo, "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", 9, se mantiene que *"Desde nuestra perspectiva, es razonable que no se pueda aducir el derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio en un procedimiento no punitivo, precisamente porque no lo es"*.

⁴⁹ Así, afirma España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *Recurso n.º: 3118-1989*, 23 de octubre de 1990: *"Con referencia al art. 24 de la Constitución Española, el hecho de que la Inspección, en uso de las facultades que le confieren los arts. 109 a 111 de la Ley General Tributaria y arts. 36 y 37 del Reglamento de la Inspección, hubiera requerido al sujeto pasivo de un tributo a aportar documentación justificativa del exacto cumplimiento de sus deberes para con la Hacienda Pública, no significa que los datos o hechos que reconozca el obligado tributario, o los informes que proporcionase sobre sus actividades, implique que se confiese culpable de algo o que se le obligue a declarar contra sí mismo, en los términos del art. 24 de la Constitución, sino simplemente que se está dando efectividad a un deber jurídico impuesto por los preceptos citados, respaldados por el art. 31 de la Constitución, que señala que todos los españoles contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema tributario. No cabe afirmar, pues, que con tales requerimientos se hubiera de vulnerar el art. 24 de la Constitución, máxime si, desde otro punto de vista, se observa que no se trataba de una actividad sancionadora de la Administración, sino de unos trámites del procedimiento de gestión tributaria, en relación al cumplimiento de unos deberes para con la Hacienda, cuyo incumplimiento, si acaso, habría de dar lugar a la incoación de un expediente sancionador en el que, en su caso, cabría alegar la vulneración de los principios invocados. Procedimiento sancionador, al que, hay que insistir, no pertenecía en el momento a que se contrae el proceso, la actividad inspectora cuestionada, por ser ésta lógica y cronológicamente anterior"*.

de prevención penal o administrativa (pues se proyectan sobre eventuales ilícitos administrativos o penales, según las circunstancias de la comisión)⁵⁰. Y es el caso igualmente de las obligaciones de información establecidas en el artículo 18 y siguientes de España, *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, anteriormente citada.

A este respecto, la equiparación que realiza el Tribunal Constitucional de España, en su sentencia de 23 de febrero de 1995, de la actividad inspectora tributaria con la investigadora propia de la instrucción penal es rechazable, pues la inspección no parte necesariamente de sospechas (no ya indicios) de ilícito, a diferencia de la instrucción. La inspección tributaria se asemeja a las actividades preventivas penales, dirigidas, como la inspección, a comprobar el cumplimiento de la legalidad y, en su caso, descubrir indicios de ilícito. Sería la instrucción del procedimiento sancionador, o las actuaciones previas, lo semejante (con muchísimas salvedades, pues en el procedimiento administrativo sancionador no existe una fase de “enjuiciamiento” ni remotamente comparable a la del proceso penal) a la instrucción penal, ya que, al igual que ésta, tiene su inicio en la constancia de indicios de infracción y precisamente se practica para comprobar su consistencia, así como la responsabilidad del imputado con vistas a la eventual imposición de sanción.

Cierto es que en algunos casos la inspección tributaria o el requerimiento de someterse al etilómetro derivan de sospechas de que se ha cometido el ilícito, pero, a diferencia de otras medidas cuya admisibilidad inindiciaria es cuestionable (cacheos, verbigracia), la justificación de tales actuaciones se diluye en su legitimación general⁵¹. Es decir, admitida su aleatoriedad (con base, en todo caso, en la justificación tributaria o preventiva que la legitima), el que existan o no sospechas no es un elemento determinante de la medida, pues se puede acudir a ella se cuente o no con sospechas de ilícito⁵². Cuestión distinta es que la entidad de esas sospechas hiciera exigible una imputación y consecuente inicio de un procedimiento sancionador penal o administrativo, pues, de ser así, sí se vulnerarían los derechos de defensa y presunción de inocencia, al omitir una imputación que habría hecho que tales derechos se desplegasen⁵³.

Conceptuar como comprendida en el derecho a la no autoincriminación toda actuación susceptible de derivar en la incriminación del sujeto obligado a ella supondría hacer prácticamente imposible el cumplimiento de múltiples finalidades necesarias para la salvaguarda de bienes constitucionalmente protegidos⁵⁴. Al hilo de ello, cabe destacar que, si bien es del todo apropiado que no se obligue a una persona a colaborar activamente en la investigación de un ilícito que se le imputa, no se halla amparo constitucional a la negativa a cualquier actuación de la que pueda derivar el descubrimiento de infracciones, lo que sería tanto como reconocer un derecho a no verse obligado a efectuar cualquier actuación que ponga de manifiesto un ilícito⁵⁵.

La investigación como elemento determinante del ámbito de cobertura del derecho conduce a aplicarlo a cualquiera, incluidas las desarrolladas en el marco de empresas del sector privado. Ahora bien, de forma similar a lo que sucede respecto de las actuaciones inspectoras (no investigadoras) de las Administraciones Públicas, no debe excederse el ámbito de la investigación para dar cabida en dicho ámbito de cobertura a cualquier rendición de cuentas. La clave radica en el carácter reactivo de la investigación y en la dirección de ésta contra un sujeto determinado al que se apunta como posible responsable⁵⁶.

La nota de superioridad institucional explica el criterio jurisprudencial aplicado para delimitar en qué supuestos la utilización de grabaciones realizadas por particulares contraviene el derecho a la no autoincriminación⁵⁷. Si la grabación se efectúa por agentes de la autoridad, sea directamente o sirviéndose de particulares, y su finalidad es obtener una confesión extraprocesal, el derecho indicado se ve afectado; no así cuando la grabación tiene lugar estrictamente en dicho marco. No obstante, se ha apreciado vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías cuando la conversación entre particulares respondió al propósito premeditado de conseguir una confesión o facilitación de información que pudiera utilizarse en contra del interlocutor que la realizó⁵⁸.

Esta doctrina tiene pleno sentido a la luz de la configuración del derecho a la no autoincriminación y no cuestiona la posibilidad de extender esta garantía a las investigaciones internas empresariales. Con independencia de que, al igual que sucede cuando una autoridad oculta su condición o mente sobre circunstancias determinantes de la confianza del interlocutor, en este caso concurre un elemento de engaño (concretamente sobre la finalidad de la conversación), así como una preordenación al proceso, existe un elemento diferencial relevante, cual es la ausencia

⁵⁰ En esta línea, se ha señalado que “*Del mismo modo, todos estamos obligados a identificarnos en el aeropuerto cuando vamos a iniciar un vuelo y no parece sensato que el Policía nos advierta previamente de nuestro derecho a no identificarnos si ello constituye una autoinculpación, como podría alegar el que se encuentre en búsqueda y captura o muestre un DNI falso*”, Pedro Rosón Silván, “El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria”, 23.

⁵¹ De la semejanza entre los métodos alcoholométricos y la obtención de pruebas documentales del imputado en un delito fiscal se advierte en Pedro Rosón Silván, “El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria”, 21-22.

⁵² De acuerdo con el razonamiento recogido en Pedro Rosón Silván, “El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria”, 21, cabría sostener que la ausencia de un proceso punitivo en curso elimina la prevención del imputado a facilitar información que justificaría la negativa a colaborar como forma de evitar la autoincriminación. Este argumento no puede servir, sin embargo, como elemento delimitador del alcance del derecho. La clave no radica en la subjetividad del obligado, sino en la fundamentación teleológica del derecho.

⁵³ A evitar ello se orienta el ordenamiento alemán, Adán Nieto García, “«Nemo tenetur se ipsum accusare» en el Derecho Penal económico europeo”, 410. En relación con ello, en Antonio Gil Martínez, “Instrucción de los delitos fiscales y contra la hacienda pública”, *Estudios de derecho judicial*, n.º 64 (2004): 322, se señala que “*se suscita la duda acerca del momento preciso en que se debe dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inicie actuaciones penales, si lo considera procedente*”, cuestión a que dedica las páginas siguientes.

⁵⁴ Manuel Gómez Tomillo, “Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal”, 6. En este sentido se pronuncia el Juez Zupancic en su Voto Particular en TEDH, “Sentencia de 5 de abril de 2012”, *Caso Chambaz c. Suiza*, con el que se coincide en José Alberto Sanz-Díaz Palacios, “El derecho de los contribuyentes a no autoinculparse en el asunto Chambaz contra Suiza. (Comentario de la STEDH de 5 de abril de 2012)”, 6. Esta Sentencia considera que la imposición de sanciones por la no aportación en un procedimiento de inspección tributaria de documentos preexistentes contraviene el derecho a la no autoincriminación, por el hecho de que el demandante no podía descartar que la información contenido en los documentos requeridos en cuanto a su renta y patrimonio diera lugar eventualmente a la imposición de sanciones de naturaleza penal por defraudación tributaria. Llega a esta conclusión a pesar de que el procedimiento de investigación hubo comenzado años después de las resoluciones sancionadoras (por no colaboración) impugnadas.

⁵⁵ Como se afirma en Pedro Rosón Silván, “El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria”, 21, “*De aceptarse que la entrega de la contabilidad equivale a una autoinculpación en el sentido de declarar contra sí mismo o declararse culpable, habría que concluir que la entrega del DNI por un prófugo en un control rutinario policial, equivale también a una autoinculpación, aun cuando el DNI no siempre es objeto de comprobación*”.

⁵⁶ El apunte en Pedro Pouchain, “Autoincriminación “forzada” en las investigaciones internas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2022): 88, de que el deber laboral de rendir cuentas, con carácter contractual, es distinto del deber de colaborar inherente a muchos procedimientos públicos de naturaleza sancionadora resulta adecuado si se entiende que uno y otro se enmarcan, respectivamente, al margen de una actuación investigadora y en el seno de ésta.

⁵⁷ Fermín Morales Prats, “Grabaciones privadas y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 61 (2021): 14.

⁵⁸ Como recoge España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, “Sentencia”, en *Recurso n.º: 2984/2020*, 22 de julio de 2024: “*Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes*”.

de poder de compulsión en el interlocutor de las conversaciones estrictamente privadas. Las autoridades pueden obligar a declarar, y esa potestad es la que se ve limitada por el derecho a la no autoincriminación, de manera que el uso del engaño (que incluye la instrumentalización de particulares) es un medio para soslayar la garantía, de que el afectado no se sirve porque desconoce en qué situación se encuentra. En cambio, entre particulares no tiene sentido ni cabe otorgar eficacia a un derecho que permite resistirse a un poder del que un ciudadano sin autoridad carece. Esto no significa que el engaño sea necesariamente inocuo, sino que su examen debe hacerse desde la perspectiva de otros derechos (intimidad en sentido estricto, autodeterminación informativa), pero no desde la óptica de una garantía que no se subvierte por el engaño, ya que un particular no puede obligar (no, al menos, legítimamente) a otro.

7. Utilización de lo obtenido en actuaciones sin finalidad sancionadora en procesos/procedimientos con esta naturaleza

La jurisprudencia española, en línea con el TEDH, ha rechazado la admisibilidad de la actuación que da título al epígrafe con fundamento en el derecho a la no autoincriminación, más concretamente en la aplicación de éste al incorporar las fuentes de prueba al proceso o procedimiento de naturaleza punitiva en que se pretende que desplieguen su eficacia⁵⁹. Esta construcción resulta, sin embargo, rechazable por lo que seguidamente se argumenta:

Dogmáticamente se antoja contradictoria, porque desplaza la eficacia del derecho de la obtención de la fuente de prueba a la incorporación de la fuente de prueba al proceso penal o procedimiento de carácter sancionador. El derecho a la no autoincriminación supone el reconocimiento del derecho a no colaborar en la incriminación, por lo que tiene su manifestación propia en el momento de la declaración o, como se mantiene en este trabajo, de la facilitación de otros elementos de prueba, esto es, en la voluntad reacia a la colaboración, de forma que el derecho puede vulnerarse bien porque se intenta forzar esa voluntad (coerción, compulsión), bien porque se impide su correcta formación y exteriorización (ocultación, engaño), y la sanción a la vulneración es la anulación de la prueba obtenida gracias a la infracción del derecho. El planteamiento a que nos referimos desliga temporalmente los elementos determinantes de la vulneración del derecho: la coerción o compulsión (en una comprensión, la del TEDH, que comprende el subterfugio) y el carácter incriminatorio, de modo que el primero es relevante al obtenerse la declaración y el segundo cuando ésta se pretende utilizar con fines punitivos, al tratar de incorporarla al proceso penal o sancionador administrativo. Aparentemente, con ello se salva la problemática de la legitimidad del empleo de la compulsión para ciertos fines (verbigracia, el cumplimiento de los deberes tributarios) con la eficacia de este derecho, pero en realidad se desnaturaliza, al emplear la sanción a la contravención del derecho, la inutilidad de la prueba (que es lo que se hace al negar que se incorpore al proceso penal o sancionador administrativo), a modo de garantía de un derecho que no se hace valer en el momento de generación de la prueba. Si uno de los elementos configuradores del derecho es, como dice el TC, el efecto incriminatorio que produjese *"o pudiese producir"* en un proceso de naturaleza penal o sancionadora, el derecho debería operar tan pronto como se suscite el origen de la prueba, no después, ya que, de no actuar así, el sujeto se ve obligado a colaborar (aunque sea por la concurrencia de una finalidad legítima) y el derecho, en lugar de al silencio inocuo u omisión se convierte en derecho a que no

se emplee lo que pueda incriminar al investigado por haber sido obtenido previamente mediante compulsión. De un derecho con una naturaleza preventiva (evitar la compulsión) se pasa a uno de naturaleza reactiva (evitar el uso de lo obtenido mediante compulsión, aunque ésta haya sido legítima).

A diferencia de lo que sucede con los hallazgos casuales, en que la controversia sobre su admisibilidad se refiere a su obtención, ya que se trata de determinar si el cumplimiento de los requisitos legitimadores de la actuación en cuyo marco se produce el hallazgo casual (entrada en domicilio, intervención de comunicaciones, etc.) es apto para justificar el empleo del hallazgo, la obtención de la fuente de prueba en el curso de una inspección o actuación de naturaleza semejante es irreprochable, de manera que, al tomar en consideración el derecho a la no autoincriminación al intentar su incorporación, se efectúa un desplazamiento indebido, por impropio, de su ámbito de cobertura, que es el de la obtención (puesto que su razón de ser es garantizar la no colaboración activa en la consecución de material incriminatorio). El principio que debe presidir la utilización de una información obtenida en un procedimiento o actuación en otro es el de especialidad (como sucede en relación con el derecho a la protección de los datos de carácter personal), y no, en lo tocante a la incorporación, las condiciones que en su caso debieron observarse en la obtención, so pena, de no entenderlo así, de desnaturalizar el derecho o convertir en sobrevenidamente ilegítimas unas actuaciones que se ajustaban a Derecho.

Desde la perspectiva del principio de especialidad no se aprecian objeciones. Dado que las actuaciones inspectoras o preventivas responden al propósito de verificar el cumplimiento de una determinada normativa, de ellas puede derivar el descubrimiento de conductas infractoras, por lo que la utilización de la información obtenida a efectos de sancionar esas conductas no sólo no parece incompatible, sino que se halla en línea con el objetivo de cumplimiento normativo, en sus dimensiones de prevención general y especial. De hecho, como se indicará posteriormente, los hallazgos efectuados sirven de justificación a la incoación del procedimiento o proceso punitivo correspondiente.

La postura que se está abordando es así mismo inadecuada desde una óptica utilitarista, al ocasionar que, pese a la obtención de fuentes de prueba incriminatorias, éstas sólo puedan utilizarse a los fines de regularizar la situación a que corresponden, sin empleo en la depuración de la responsabilidad sancionadora que evidencian. Este planteamiento hace que, desde el punto de vista del presunto infractor, resulte deseable que en el marco de la inspección o actuación preventiva se descubran fuentes de prueba incriminatorias, al resultar inválidas, a efectos sancionadores, por inaplicación (legítima) del derecho a la no autoincriminación en el momento de su obtención. Se llega así a la paradoja de que unas actuaciones encaminadas a comprobar el cumplimiento de una normativa y, consecuentemente, advertir eventuales infracciones, se tornan beneficiosas para el presunto infractor⁶⁰.

Las matizaciones o excepciones que se vienen aplicando en relación con este planteamiento no aciertan a diluir las objeciones referidas. Sin insistir en las oponibles a las pruebas de existencia independiente, ya expuestas, se ha apelado, por un lado, a la admisión de la acreditación de la conducta infractora mediante la obtención de fuentes de prueba en la investigación que se inicie o enmarque en el procedimiento sancionador o proceso penal, siempre que su vía de consecución no coincida con las incriminatorias de la inspección. Pero a esta posibilidad le es imputable que pasa por la renuncia a la que en ocasiones puede ser la fuente de prueba sustancial para

⁵⁹ España Tribunal Constitucional, "Sentencia" en *Recurso n.º: 2914/2019*, se hace eco de la jurisprudencia del TEDH para concluir que *"De este examen de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se desprende que para que se aprecie la quiebra de la garantía de no autoincriminación no es imprescindible que la declaración coactiva se haya obtenido en el seno del proceso de naturaleza penal, siendo en principio admisible que la obtención de información mediante coacción se haya producido en un procedimiento previo en el que no se ejerce el ius puniendi estatal y solo sea posteriormente cuando se incorpore con efectos incriminatorios a un proceso penal. Lo relevante en la garantía de no autoincriminación sería el carácter coactivo de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera, y el efecto incriminatorio que produjese o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o sancionadora"*.

⁶⁰ En este sentido se pronuncia Gómez Tomillo, "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", 16: *"Admitido que hay un deber de colaborar y de aportar la información que se solicita, so pena de incurrir en responsabilidad, si dicha información no puede determinar una sanción, frecuentemente a los ciudadanos en general les interesará la defraudación o el comportamiento ilícito, toda vez que, si son descubiertos por la Administración (y muchas veces sólo se podrá obtener las pruebas si son proporcionadas por el mismo sujeto), no podría ser sancionados y tan sólo procederán medidas restaurativas de la legalidad, cuya eficacia preventiva es muy limitada"*.

acreditar la responsabilidad del presunto infractor, a la vez que la realización del hallazgo pone en conocimiento de éste el previsible inicio de una investigación, con pleno desenvolvimiento del derecho a la no autoincriminación, y, por tanto, genera el riesgo de que se oculten o eliminen las fuentes de prueba que, al margen de la inutilizable, podrían conducir a la sanción de la conducta infractora. Y, si bien nos hemos mostrado partidarios de la aceptación del conocimiento del delito en supuestos de nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales, un caso como el que es objeto de análisis se presta a mayores reparos, ya que en definitiva se emplea, aunque no como fuente de prueba incorporable mediante el correspondiente medio, una información obtenida gracias a lo que, de acuerdo con la postura en cuestión, se estima una actuación contraria al derecho a la no autoincriminación⁶¹.

Por otro lado, se ha mantenido que la exclusión sólo opera de aquellas fuentes de prueba inequívocamente incriminatorias. A ello cabe objetar que la identificación de esa condición se realiza *ex post* y es difícilmente anticipable, de modo que, o bien se actúa con excesiva prudencia, lo que puede afectar no ya únicamente al éxito de la eventual investigación o procedimiento/proceso sancionador, sino también al de la inspección o actuación equivalente, o se asume el riesgo, de cuya materialización el presunto infractor puede ser el máximo interesado, de que se obtengan fuentes de prueba inequívocamente incriminatorias y, por tanto, inutilizables a efectos sancionadores.

Finalmente, también se ha planteado que la exclusión se limite a aquellos supuestos en que existe una conminación bajo amenaza de sanción expresa en caso de no colaborar⁶². A esto se opone que un planteamiento de este tipo no es conciliable con la extensión del derecho a la no autoincriminación a los supuestos de engaño u ocultación. Bastaría con servirse del equívoco del presunto infractor para prescindir de la amenaza y evitar la invalidez de lo obtenido, en contra del criterio adoptado en los casos de vicio del consentimiento manifestado en la autorización de entrada en domicilio.

La alternativa por la que abogamos es delimitar a todos los efectos los procesos/procedimientos sancionadores de los que no lo son y, en virtud de ello, aplicar o no el derecho a la no autoincriminación en función del tipo de actuación sobre la que se pretenda proyectar y sin que ello impida que lo obtenido en un marco de no aplicación del derecho pueda desplegar su eficacia en un proceso/procedimiento mediante su incorporación⁶³. Sin embargo, este planteamiento no está ni mucho menos libre de objeciones, generadas principalmente por la dificultad que entraña deslindar el alcance de las actuaciones inspectoras y fijar el momento en que la existencia de indicios suficientemente sólidos de conducta ilícita debe dar lugar a la incoación de un procedimiento sancionador, sea o no precedido de actuaciones previas, o de

61 Nuestra postura en relación con el conocimiento de delito en supuestos de pruebas nulas facilitadas por particulares, en Juan José González López, "Admisibilidad probatoria de la información obtenida con vulneración de derechos fundamentales: a propósito de la «Lista Falciani»", en *En torno a la prueba y al proceso*, coord. Irene González Pulido y Walter Reifarth Muñoz (Granada: Comares, 2019), 55-56.

62 Gómez Tomillo, "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal", 24-25.

63 Hay que señalar que en los casos en que tiene lugar una declaración de testigo a la que sigue la declaración de la misma persona como investigado, como explica España Tribunal Supremo Sala de lo Penal, "Sentencia", en *Recurso n.º: 2291-2016*, 2 de octubre de 2017, "En estos casos si depuso como testigo y se le notificó luego su condición de imputado y asistido del Letrado, no ratifica lo otrora relatado, la declaración inicial es procesalmente irregular, privada de credibilidad, aun cuando ello no podría acarrear la anulación de todo el procedimiento penal, sino, en todo caso, la imposibilidad de ser tenida en cuenta por el tribunal al enjuiciar y fallar los hechos delictivos.

Pero si oído como testigo y después en calidad de inculcado, con instrucción de derechos y asistido del Letrado, ratifica íntegramente su anterior declaración habrá que dar validez a su contenido".

Ello con fundamento en que "El hecho de que un imputado declare previamente como testigo no supone, por sí mismo, infracción constitucional alguna, pues no siempre la condición de imputado aparece en el inicio del proceso penal, sino que es posible que la implicación de una persona los hechos delictivos investigados aparezca a resultas de la instrucción o de su propia declaración, momento en que si de ésta aparecen elementos autoincriminatorios, debe suspenderse el interrogatorio y citarla para que comparezca con Letrado y con lectura de sus derechos del artículo 520 LECrim". Al respecto, además de destacar que la declaración como testigo se produce en un procedimiento de naturaleza investigadora, la situación que se plantea es de contradicción de declaraciones.

un proceso penal. Más en concreto, esta problemática se manifiesta claramente en el ámbito tributario en relación con la simultaneidad e interacción del procedimiento de comprobación o inspección y el sancionador, penal o administrativo.

Sin necesidad de entrar en la polémica sobre si el procedimiento sancionador debe iniciarse una vez liquidada la cuota, zanjada por el Tribunal Supremo (TS), interesa a los fines del presente trabajo que la liquidación de la cuota es un presupuesto para la imposición de múltiples sanciones que influye en su calificación y graduación (artículos 184 y 187 de España, *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*, Boletín Oficial del Estado 302, 18 de diciembre de 2003, LGT). La liquidación puede derivar de un procedimiento de gestión tributaria en que no se efectúen comprobaciones, pero también de uno en que se produzcan aclaraciones, verificaciones o comprobaciones o de un procedimiento de inspección, en que se plantea singularmente el problema de que las averiguaciones dirigidas al esclarecimiento de los hechos son especialmente intensas y prolongadas⁶⁴. Como quiera que la liquidación es precisa para la imposición de la sanción y se practica en el marco de los procedimientos antedichos, se opte por aguardar a la liquidación para iniciar el procedimiento sancionador o, como es el caso, se permita simultanearlo en vía penal (artículo 305.5 CP) o administrativa, de acuerdo con la jurisprudencia, con el requisito de que la sanción se imponga cuando ya se cuente con liquidación, existirá un procedimiento no sancionador en que, consecuentemente, no se aplicará el derecho a la no autoincriminación y que continuará a pesar de la existencia de indicios sólidos de conducta ilícita; tan sólidos, de hecho, como para haber dado lugar a la incoación de un procedimiento sancionador⁶⁵.

Ante esta coyuntura, entendemos que lo deseable sería que el procedimiento sancionador no se limitara a la imposición de la sanción, sino que también liquidara la cuota, con *vis atractiva* en cuanto afecte a la infracción, de modo semejante a lo que sucede con el orden penal respecto de los delitos. No es éste el régimen actual, lo que obliga a adoptar la solución aplicada por el TS, esto es, simultanear procedimientos, pero con el límite a la utilización en el sancionador de la información incriminatoria en los términos indicados⁶⁶. Pero, además de señalar su utilidad para evitar los inconvenientes que suscita la firmeza de las liquidaciones en relación con los

64 Aclaremos que el empleo del término "investigación" que se viene haciendo a lo largo de este trabajo se refiere a la investigación de conductas aparentemente ilícitas y se diferencia de la también "investigación" enmarcada en las actuaciones de inspección (así, artículo 141.a) LGT), relativa a los elementos tributarios o de otro tipo correspondientes al ámbito de la normativa a la verificación de cuyo cumplimiento responde la inspección.

65 En España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *Recurso n.º: 1993-2019*, 23 de julio de 2020, se razona que: "Así pues, y pese a lo que afirma el Tribunal de instancia, la necesaria salvaguarda del derecho a no autoincriminarse no reclama adelantar el inicio del procedimiento tributario sancionador al momento en el que se pueda atribuir al sujeto inspeccionado, más o menos fundadamente, la realización de una infracción tributaria. Reclama que la información que ha sido obtenida bajo medios coactivos -concurriendo la coacción legal que se deriva del artículo 203 LGT- en el procedimiento inspector no sea utilizada posteriormente en el seno del procedimiento tributario sancionador para enervar la presunción de inocencia del obligado tributario y, más concretamente en el caso que nos ocupa, para fundamentar por parte de la Administración tributaria la imposición de cualesquiera de las sanciones que se cuantifican en función del importe de la cuota liquidada al término del procedimiento de inspección.

Defender lo contrario supondría desposeer a la Administración tributaria de una facultad que le corresponde en el seno del procedimiento inspector con fundamento en el deber constitucional establecido en el artículo 31.1 CE -a saber, la facultad de requerir al sujeto inspeccionado cuanta información con trascendencia tributaria sea necesaria para llevar a buen término las actuaciones de comprobación e investigación- en aras de la supuesta salvaguarda de un derecho fundamental del obligado tributario -el derecho a no autoincriminarse- que no surte efectos en el seno del procedimiento inspector y que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado aplicable, en exclusiva, a los procedimientos que pueden concluir en su seno con la imposición de sanciones (tributarias o de cualquier otra naturaleza)".

Este planteamiento salva las comprobaciones e inspecciones, pero 1) no evita la inutilización a efectos sancionadores de la información obtenida previamente al inicio del procedimiento sancionador, 2) da lugar a que se simultaneen procedimientos de comprobación/inspección en que se consigue información facilitada por el inspeccionado y sancionadores en que se debe obviar esa información.

66 Así, España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *Recurso n.º: 1993-2019*, razona que "la necesaria salvaguarda del derecho a no autoincriminarse no reclama adelantar el inicio del procedimiento tributario sancionador al momento en el que se pueda atribuir al sujeto inspeccionado, más o menos fundadamente, la realización de una infracción tributaria. Reclama que la información que ha sido obtenida bajo medios coactivos -concurriendo la coacción legal que se deriva del artículo 203 LGT- en el procedimiento inspector no sea utilizada posteriormente en el seno del procedimiento tributario sancionador para enervar la presunción de inocencia del obligado tributario y, más concretamente en el caso que nos ocupa, para fundamentar por parte de la Administración tributaria la imposición de cualesquiera de las sanciones que se cuantifican en función del importe de la cuota liquidada al término del procedimiento de inspección".

intentos de cuestionarlas en el posterior procedimiento sancionador (España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *Recurso n.º: 4146/2023*, 9 de abril de 2025), no se advierten impedimentos para ello, en tanto que la liquidación aparece en estos casos como presupuesto para la sanción⁶⁷.

⁶⁷ En este sentido, España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *Recurso n.º: 29-2003*, 18 de febrero de 2004, se hace eco de España Tribunal Constitucional, "Sentencia", en *Recurso n.º: 695-1985*, en que se afirma que "*en el ámbito administrativo sancionador no es una exigencia constitucional la atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos*".

Bibliografía

Álvarez de Neyra Kappler, Susana. "La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea". *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario 1 (2017): 46-64.

Asencio Mellado, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Madrid: Trivium, 1989.

Banacloche Palao, Julio. "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable". *Diario La Ley*, n.º 8415 (2014): 1-10.

Castro Molina, Sebastián Alejandro y Joanna Carolina Ramírez Velásquez. "Análisis del derecho al silencio en la legislación Ecuatoriana". *MQR Investigar*, n.º 1 (2023): 2250-2261.

Delgado Martín, Joaquín. *Criminalidad organizada: (comentarios a la LO 5/9, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*. Barcelona: J.M. Bosch, 2001.

Echarri Casi, Fermín Javier. "Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?". *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 1 (2023): 1-49.

España Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo. "Sentencia". En *Recurso n.º: 337-2009*. 22 de junio de 2011.

España Tribunal Constitucional. "Sentencia". En *Recurso n.º: 855-1984*. 4 de octubre de 1985.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 695-1985*. 26 de abril de 1990.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 1264-1994*. 11 de marzo de 1994.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 3501-1996*. 16 de mayo de 2000.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 3147-2001*. 1 de febrero de 2005.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 4984-2004*. 16 de abril de 2007.

---. *Sentencia 142/2009, de 15 de junio de 2009. Recurso de amparo 2406-2006. Promovido por don Juan Manuel Morillo Ruiz y otra persona frente a la Sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que desestimó su recurso contra el Ayuntamiento de Sevilla sobre sanción disciplinaria por una falta leve de atentado a la dignidad de los funcionarios o de la Administración. Supuesta vulneración de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable: policías locales sancionados por haber faltado a la verdad en un procedimiento de información reservada sobre la denuncia de un ciudadano en relación con unas multas de tráfico. Voto particular concurrente*. Boletín Oficial del Estado 172, 17 de julio de 2009. BOE-A-2009-11919.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 2603-2013*. 16 de marzo de 2015.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 2914/2019*. 15 de febrero de 2021.

España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo. "Sentencia". En *Recurso n.º: 3118-1989*. 23 de octubre de 1990.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 1993-2019*. 23 de julio de 2020.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 29-2003*. 18 de febrero de 2004.

España Tribunal Supremo Sala de lo Penal. "Sentencia". En *Recurso n.º: 2984/2020*. 22 de julio de 2024.

---. "Sentencia". En *Recurso n.º: 2291-2016*. 2 de octubre de 2017.

Etxeberria Guridi, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Madrid: Trivium, 1999.

Garberí Llobregat, José. "Presunción de inocencia *versus* deber de colaboración con la Administración sancionadora (Comentario a la STC 219/1988, de 22 de noviembre)". *Poder Judicial*, n.º 14 (1989): 110-121.

Gascón Inchausti, Fernando. *Infiltración policial y «agente encubierto»*. Granada: Comares, 2001.

Gil Hernández, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995.

Gil Martínez, Antonio. "Instrucción de los delitos fiscales y contra la hacienda pública". *Estudios de derecho judicial*, n.º 64 (2004).

Gómez Tomillo, Manuel. "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 42 (2022): 1-31.

González López, Juan José. "Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones". *Revista del Poder Judicial*, n.º 85 (2007): 81-117.

González López, Juan José. "Los deberes de colaboración de las empresas en la prevención e investigación de delitos: algunas consideraciones". En *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, coordinado por Julio Pérez Gil y Raquel De Román Pérez. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2011.

---. "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa". *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 40 (2016): 28-60.

---. "Admisibilidad probatoria de la información obtenida con vulneración de derechos fundamentales: a propósito de la «Lista Falciani»". En *En torno a la prueba y al proceso*, coordinado por Irene González Pulido y Walter Reifarth Muñoz. Granada: Comares, 2019.

González Navarro, Blas Alberto. "Criptología y libertades públicas". En *Internet y derecho penal*, coordinado por Juan José López Ortega. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

Gudín Rodríguez-Magariños, Antonio Evaristo. "El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN". *Diario La Ley*, n.º 8571 (2015): 1-5.

Guerrero Palomares, Salvador. "¿Es necesaria la transposición de la Directiva 343/2016, de 9 de marzo, en materia de presunción de inocencia?". *Revista de Estudios Europeos*, n.º 1 (2019): 164-183.

Hernández García, Javier. "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". *Diario La Ley*, n.º 7427 (2010): 1-15.

Huertas Martín, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999.

López Barja de Quiroga, Jacobo y Luis Rodríguez Ramos. "La intimidad corporal, devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)". *Poder Judicial*, n.º 14 (1989): 123-130.

Lorente Hurtado, Fernando. "La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional". *Poder Judicial*, n.º 1 (1986): 50-65.

Marchena Gómez, Manuel. "Dimensión jurídico-penal del correo electrónico". *Diario La Ley*, n.º 6475 (2006): 1-20.

Morales Prats, Fermín. "Grabaciones privadas y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable". *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 61 (2021): 13-20.

Nieto García, Adán. "«Nemo tenetur se ipsum accusare» en el Derecho Penal económico europeo". En *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, coordinador por Luis María Díez-Picazo y Adán Nieto Martín. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2010.

Pastor Ruiz, Federico. "El derecho a mentir: el tratamiento de la mentira del imputado". *Diario La Ley*, n.º 8155 (2013).

Picón Arranz, Alberto. "El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE". *Revista de Estudios Europeos*, n.º 79 (2022): 367-388.

Pouchain, Pedro. "Autoincriminación "forzada" en las investigaciones internas". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2022): 80-111.

Roles, Philippa Jane. *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpreted and misapplied*. Saarbrücken: Lap Lambert Academic Publishing, 2010.

Rosón Silván, Pedro. "El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria". *Tribuna Fiscal*, n.º 218 (2008): 16-27.

Sanz Díaz-Palacios, José Alberto. "Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria". *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 19 (2008): 1-14.

---. "El derecho de los contribuyentes a no autoinculparse en el asunto Chambaz contra Suiza. (Comentario de la STEDH de 5 de abril de 2012)". *Tribuna Fiscal*, n.º 263 (2012): 25-30.

Serrano Zaragoza, Óscar. "Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal". *Diario La Ley*, n.º 8415 (2014): 1-5.

TEDH. "Sentencia de 17 de diciembre de 1996". *Caso Saunders c. Reino Unido*. 17 de diciembre de 1996.

---. "Sentencia de 3 de mayo de 2001". *Caso JB c. Suiza*. 3 de mayo de 2001.

---. "Sentencia de 5 de noviembre de 2002". *Caso Allan c. Reino Unido*. 5 de noviembre de 2002.


---. "Sentencia de 11 de julio de 2006". *Caso Jalloh c. Alemania*. 11 de julio de 2006.

---. "Sentencia de 29 de junio de 2007". *Caso O'Halloran y Francis c. Reino Unido*. 29 de junio de 2007.

---. "Sentencia de 5 de abril de 2012". *Caso Chambaz c. Suiza*. 5 de abril de 2012.

Tixi Torres, Diego Fabricio, Mesías Elías Machado Maliza, Lola Ximena Cangas Oña y Janneth Ximena Iglesias Quintana. "El principio nemo tenetur se ipsum, su aplicación en materia penal en el Ecuador". *Uniandes Episteme. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, n.º 6 (2019): 761-771.

Vázquez Sotelo, José Luis. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch, 1984.



EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO

Manuel Richard González¹

1. La presunción de inocencia en el marco de los principios que inspiran el proceso penal

El proceso penal es un constructo social que tiene por finalidad determinar la responsabilidad que se atribuye a una persona a la que se acusa de la infracción de una norma penal. Su creación y funcionamiento depende de la estructura política en la que existe que provee de la legislación sustantiva y procesal, así como del sistema judicial para su desempeño. No debemos pensar en ninguna clase de requerimiento ético necesario porque el proceso penal, como cualquier otro producto social, está imbuido por la moral de la cultura que lo sustenta. Y, como bien sabemos, la moral no tiene moral. Es decir, la moral se entiende como el conjunto de creencias, costumbres, valores y normas de una determinada sociedad, sean cuales sean esos principios. Sin embargo, tendemos a pensar que la moral siempre debe ser «moral» desde el punto de vista de la ética o moral objetiva nacida de la razón y de los principios básicos de la democracia. Y, consecuentemente, desde una perspectiva de derechos y garantías del ciudadano ante el sistema judicial. Sin embargo, no es así. Tan proceso penal, y tan moral, es el que se practicaba en tiempos de Roma, de la inquisición o en los estados modernos. Ya tengan aquellos un fundamento democrático o dictatorial. Lo que diferencia a cada proceso penal son los principios que lo inspiran que, en gran medida, tienen relación directa con la finalidad pretendida por el sistema político en el que el proceso penal se inserta. Téngase en cuenta, en este sentido, que las normas de naturaleza penal tienen por objeto determinar las conductas prohibidas en una determinada sociedad.

¹ Doctor en Derecho. Abogado. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Pública de Navarra. Vicepresidente de las Asociación de probática y derecho probatorio.

Así, en un estado totalitario, ya sea secular o confesional, el proceso criminal tendrá por finalidad principal castigar del modo más rápido y expeditivo a aquellos que infrinjan las normas penales del estado que probablemente tendrán como fundamento básico proteger el mismo estado totalitario y los principios que lo inspiran. En esa clase de sistemas políticos el proceso penal estará orientado básicamente a la finalidad de defender los principios sociales predominantes, como la estructura política jerarquizada y/o la defensa de los principios de la fe religiosa del estado². En esa clase de procesos lo más importante no es la constatación de la veracidad de las imputaciones con pleno respeto y garantía de los derechos del acusado, sino obtener una condena que sirva de ejemplo, advertencia y aglutinante social³. Pero ello no implica que esa clase de procesos no puedan seguir unas reglas preestablecidas, previamente conocidas y que, incluso, podrían ser formalmente correctas⁴. En cualquier caso, valga señalar que el proceso penal no debe estar predeterminado por la búsqueda de la verdad de los hechos, porque ello implicaría su fracaso inicial. Efectivamente, en el proceso penal se practica prueba que, naturalmente, tiene por finalidad acreditar unos hechos determinados en el proceso. Pero, la práctica de prueba no puede pretender obtener la verdad material de los hechos objeto de imputación, sino sencillamente la fijación en el proceso de un relato histórico coherente que sirva al tribunal para dictar su sentencia. De hecho, la circunstancia de la dificultad de establecer un relato de hechos veraz en el proceso es la que determina la necesidad de prever las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que fundamentan la acusación. La respuesta a esa pregunta se halla en la denominada presunción de inocencia, que es un principio básico de los sistemas judiciales de los países democráticos. Nótese el alto precio que la sociedad democrática debe asumir para el mantenimiento de la presunción de inocencia que, no cabe duda, puede ser malentendida por amplios grupos sociales. Especialmente en el supuesto de crímenes especialmente graves en los que la sociedad puede exigir emotivamente que se castigue al sospechoso más allá de la existencia de evidencias que permitan fundar la condena.

La presunción de inocencia es en la actualidad un principio común y extendido en todo el mundo. No resulta claro determinar la cifra exacta de sistemas democráticos, pero siendo flexibles con las exigencias del término podemos afirmar que la democracia se ha extendido ampliamente en todo el mundo. Esta es una tendencia que se consolida con una cierta amplitud y generalidad tras la Segunda Guerra Mundial. Es entonces cuando podemos reconocer el surgimiento y desarrollo de sistemas democráticos. Aunque, no de forma absolutamente generalizada. Y no sin deficiencias notables, tanto respecto al sistema democrático de representación política como al sistema de impartición de justicia en el que se ubica el proceso penal⁵. Y es, precisamente, en

² No es objeto de este trabajo entrar en los "rastros" de la presunción de inocencia que pueden hallarse en los textos antiguos predemocráticos. Véase a ese respecto el trabajo de Tomas Y Valiente en el que cita tanto diversas normas del Digesto como de la Ley de Partidas en las que se venía a decir que los jueces debían seguir la interpretación más benigna para el acusado. Véase, Francisco Tomás y Valiente, "In dubio pro reo", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20 (1987): 11.

³ Esta sería una visión concordante con los principios éticos del utilitarismo que permitiría la injusticia siempre y cuando se garantizase el bien mayor de la sociedad en su conjunto. Frente a ello se alzan perspectivas éticas y deontológicas que ponen el acento en la ética no sólo del resultado, sino también de los medios utilizados a ese fin. Como en casi todo, la solución social al dilema apuntado consiste en la combinación de ambos enfoques dirigiendo el esfuerzo social hacia el bienestar máximo de la sociedad en su conjunto, pero sin que ello suponga el sacrificio gratuito e injusto de los derechos de personas concretas respecto a actuaciones y procedimientos específicos.

⁴ El sistema de Justicia siempre ha sido un elemento central en el desarrollo de las sociedades humanas. Los colectivos humanos han basado su progreso en la cooperación social para conseguir determinados fines. A ese fin resulta obligado prevenir ciertas conductas que pueden afectar la cohesión social y que, por esa razón, son prohibidas y en caso de infracción juzgadas y castigadas con severas penas. Y, naturalmente, existe proceso penal siempre que se den determinados elementos formales: existencia de un tipo penal que prohíbe la conducta, acusación, acusado y tribunal. Y ello con independencia de la moralidad que afecte a cada concreto proceso penal. Así, no cabe duda de la exquisita formalidad del proceso criminal seguido en los tribunales inquisitoriales de la baja edad media y la edad moderna. Véase sobre el fundamento y funcionamiento de esa clase de procesos penales Manuel Richard González, "Jueces y administración de Justicia en el Quijote", en *Cervantes y el Derecho* (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), 253-274.

⁵ Aunque el Democracy Index 2024 publicado por The Economist, señala una suerte de retroceso en los indicadores que acreditan la salud democrática de los países del mundo. En parte, según el informe, a causa de la situación generada por el COVID19. Ilustrativo de su conclusión es el propio título que se da al informe: "What's wrong with representative democracy" (qué está mal con la democracia representativa). Para más información, se puede acceder al siguiente enlace: <https://www.eiu.com/n/>.

el proceso penal donde se refleja con mayor claridad el cambio de paradigma que supone la democracia y los principios que la inspiran. Entre estos el humanismo deontológico, los derechos individuales y el imperio de la Ley.

Los principios que inspiran el proceso penal se fundamentan en los distintos tratados internacionales y constituciones democráticas que determinan el procedimiento a seguir y requisitos a observar para imponer una condena penal⁶. Estos principios, pueden variar en denominación y alcance, pero en última instancia fundamentan un conjunto de derechos que se otorgan al sometido al proceso penal, que limitan la actuación de la acusación pública y establecen los requisitos que se deben observar durante el procedimiento penal y particularmente respecto a las reglas de valoración y carga de la prueba. Son principios democráticos del proceso penal el acusatorio, de imparcialidad del órgano jurisdiccional, el derecho a la prueba, el de audiencia y de contradicción, de igualdad, de doble instancia, de proscripción de las dilaciones indebidas y de presunción de inocencia. Por su parte, son derechos del sometido al proceso penal el de defensa, a guardar silencio y no reconocerse culpable, a probar en el proceso, a recurrir aquellas resoluciones que le causen perjuicio, etc.⁷. A todo ello en conjunto se le denomina el debido proceso. Además, todos estos principios y derechos deben servir y respetar el imperio de la Ley también denominado el «*rule of law*» que supone que el sistema judicial en su conjunto debe proveer, más allá de formalismos, una justicia accesible, imparcial y sometida a la ley.

La distinción entre principios y derechos no siempre es nítida, sino que en ocasiones los derechos del sometido al proceso penal se solapan y/o identifican con los principios que rigen esta clase de procesos. Por ejemplo, el principio de imparcialidad del órgano judicial otorga al ciudadano el derecho a solicitar la recusación del Juez que incurriendo en alguna causa no se hubiere abstenido de conocer. El principio de doble instancia en el proceso penal otorga el derecho a recurrir en apelación. Finalmente, el principio de presunción de inocencia garantiza que la persona sometida a juicio mantenga su inocencia en tanto no se practique prueba de cargo suficiente que acredite su culpabilidad. De ese modo adquiere pleno sentido el derecho a no declarar y no confesarse culpable en tanto que corresponde a la acusación la prueba de la acusación, de modo que nada debe probar el acusado en tanto que la acusación no haya probado primero.

Pero, la presunción de inocencia se extiende más allá del aspecto probatorio, para constituir un principio que debe inspirar todo el proceso penal. Así, por ejemplo, debe garantizarse que el acusado pueda comparecer ante el tribunal y, especialmente, ante los medios de comunicación de un modo que no afecte su presunción de inocencia. Es por ello que no resulta adecuado ofrecer imágenes del imputado esposado o con ropas de presidiario, puesto que ello puede afectar a su estatus procesal de inocencia en tanto no se demuestre lo contrario. En este sentido, el art. 520.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (en adelante LECrim) establece que:

⁶ En el caso español se trata de derechos directamente relacionados con los principios constitucionales, en tanto que son su resultado y concreción, se contienen, básicamente, en el art. 24 Constitución de España que reconoce los siguientes derechos: — a un Juez ordinario predeterminado por la Ley, de defensa y asistencia de letrado — ser informado de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías — a utilizar los medios de prueba — a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y — a la presunción de inocencia. A estos derechos cabe sumar la declaración genérica contenida en el párrafo 1º del art. 24 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas sin que pueda producirse indefensión. Podemos decir que el derecho a la tutela judicial efectiva es una suerte de derecho fundamental de aseguramiento y cierre del sistema de garantías que viene a establecer que, en cualquier caso, las personas deben ser tuteladas por el sistema judicial sin que ninguna norma o actuación pueda producir indefensión. En el marco de la tutela judicial efectiva, como derecho de «cierre» del sistema, podemos incluir el derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos, a la defensa y efectiva contradicción, la prohibición de la "reformatio in peius", la igualdad de armas, a obtener una resolución fundada en derecho y a la motivación de las sentencias.

⁷ Véase a este respecto, Juan Bustos Ramírez, "Principios fundamentales de un Derecho penal democrático", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n.º 8 (1994).

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.⁸

Esta es una norma, que se introdujo en 2015, que pretende, sin referirse a ella, salvaguardar la presunción de inocencia del detenido que quedaría afectada si se favoreciese la captación de la imagen de los imputados en el momento de la detención. Aunque, esta es una situación que en ocasiones es difícil de evitar en tanto que los medios de comunicación sirven al derecho constitucional de la libertad de información y no se les puede impedir ofrecer información e imágenes de los sospechosos de la comisión de delitos⁹. En cualquier caso, lo importante es reflejar, como se expone más adelante, la dimensión amplia del principio de presunción de inocencia que debe informar todo el proceso penal. Aunque, en este punto debemos advertir una cierta contradicción en la aplicación de los principios que se aplican en el proceso penal, en tanto que frente al principio de presunción de inocencia se halla el principio de presunta responsabilidad del imputado que es el que legitima la sujeción de una persona al proceso penal. Ciertamente, la imputación supone un juicio previo y provisional de presunta responsabilidad del sometido al proceso penal. Esa imputación inicial es la que fundamenta la sujeción de la persona al proceso penal y, eventualmente, a la celebración de un juicio. Naturalmente, que en todo el desarrollo del proceso rige la presunción de inocencia, pero en el marco de una presunción de presunta responsabilidad, que es la que sujeta el imputado al proceso penal.

2. La presunción de inocencia en la Ley

La presunción de inocencia se recoge en los tratados internacionales relacionados con la justicia y las garantías del proceso. En primer lugar, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que en su art. 11 dispone que: "1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"¹⁰. A partir de ese texto legal, aprobado con aspiración de universalidad, la práctica totalidad de los textos internacionales referidos a la justicia han reconocido este derecho¹¹. Así, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 señala que: "2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". En el ámbito Europeo el art. 6 del Convenio de Roma de 1950 reconoce la presunción de inocencia como integrante del derecho a un proceso equitativo: "2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada". También el art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000: "1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido

declarada legalmente". En el ámbito americano el art. 8 de la Convención americana sobre derechos humanos de 1978, que relaciona la presunción de inocencia con las garantías judiciales y dispone que: "2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Finalmente, el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1989 establece en su art. 3 como principio básico el tratamiento del imputado como inocente hasta que no se pruebe lo contrario: "El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección".

La presunción de inocencia también se incluye en las Constituciones y en la legislación procesal. En el caso de España la presunción de inocencia se reconoce como un derecho de todas las personas en el art. 24 que recoge los principios y derechos procesales de las personas en el ámbito judicial: "[...] todos tienen derecho [...] a un proceso público [...] con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Se trata de una regulación escueta que ha sido desarrollada posteriormente por la doctrina del Tribunal Constitucional de España (en adelante TC). No se recoge expresamente la presunción de inocencia en la Ley de Enjuiciamiento criminal española de 1882 (en adelante LECrim) que sigue estando vigente en España a pesar del tiempo transcurrido¹². Pero, no obstante, se puede hallar una referencia, aunque confusa e indirecta, a la presunción de inocencia en el art. 528 LECrim que establece que: "[l]a prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado. El detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia". Como se puede observar la ley no se refiere aquí estrictamente al principio de presunción de inocencia, sino más bien al contrario entendiendo que en tanto sujeto al proceso penal el imputado habría perdido su situación legal de inocencia. Situación que podría recuperar en cuyo caso debería ser puesto en libertad. Pero, más concretamente sí se refiere a la presunción de inocencia el art. 846 bis c LECrim que con relación al recurso de apelación recoge la vulneración de la presunción de inocencia como motivo de recurso: "[e]l recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes [...] e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta". Esta es una norma que se introdujo en 1995 como consecuencia de la reforma que reinstauró en España el procedimiento del tribunal del Jurado para el enjuiciamiento de determinados delitos.

Resulta paradójico que a pesar de la falta de referencia expresa a la presunción de inocencia en la LECrim de 1882 sí se contiene en su Exposición de motivos una de las mejores definiciones de lo que es y significa la presunción de inocencia en el sistema judicial democrático. Concretamente, señala la Exposición de Motivos lo siguiente:

En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales.¹³

Nótese cómo se asocia de un modo acertado la presunción de inocencia con el debido equilibrio que debe existir entre el poder estatal actuando en nombre de la sociedad y el derecho a la libertad del ciudadano que incluye lo que el legislador denomina *los fueros de la inocencia*. Aunque, bien podrían denominarse, simplemente, los fueros del ciudadano.

⁸ España, *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Gaceta de Madrid, 17 de septiembre de 1882, art. 520.1.

⁹ Véase sobre este importante aspecto de la presunción de inocencia el trabajo de Nadya García Yépez, en el que trata el modo en el que los medios de comunicación y la libertad de información pueden afectar la presunción de inocencia de los sospechosos o imputados, señalando con acierto que los intereses de los medios de comunicación son propios y que: "*frente a la noticia, no hay controles previos*". Véase, Nadya García Yépez, "La Incidencia de los medios de comunicación en la presunción de inocencia", *Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador* 3, n.º 5 (2019): 159.

¹⁰ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 11, A/RES/217, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Posteriormente, la regla 32 del proyecto de las Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la Justicia penal de 1990 estableció como regla imprescindible que: "*el acusado tiene derecho a la presunción de inocencia*".

¹¹ Determinados derechos de los ciudadanos en el ámbito de la Justicia ya habían sido proclamados con anterioridad. Así, en la Constitución francesa de 1791 los arts. 155 y ss. regulan un poder judicial que apunta a la modernidad sin que todavía lo fuera en realidad. Y las enmiendas 4ª a la 8ª de la Bill of Rights de los Estados Unidos de América también se dirige a regular el estatuto jurídico de los ciudadanos ante el sistema de justicia. Pero, es evidente que, en los citados textos históricos, y muchos otros similares, existe una falta de concreción y determinación en la aplicación de los derechos procesales que no se producirá de forma extendida y definitiva hasta la aprobación de la declaración de derechos humanos de Naciones Unidas de 1948.

¹² Naturalmente desde su aprobación la Ley de enjuiciamiento Criminal española ha sufrido numerosas reformas, especialmente desde la aprobación y entrada en vigor de la Constitución de 1978.

¹³ España, *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, exposición de motivos.

Naturalmente, la presunción de inocencia se recoge en prácticamente todas las Constituciones y leyes procesales de los países democráticos. También en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. En ella se reconoce este principio como un integrante esencial del debido proceso. Así se reconoce en el art. 76.2 que determina que: "2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada". También se reconoce el principio de presunción de inocencia en las normas procesales de la República del Ecuador. Esta reseña de la legislación del Ecuador resulta procedente en tanto que este trabajo se integra en una publicación de ese país. Ahora bien, quiero señalar tres cuestiones aquí. La primera obvia, la precaución que se debe tener cuando se consulta, cita y analiza legislación y/o jurisprudencia de países distintos a aquel en el que uno desempeña su labor jurídica. La segunda, que ello no impide tratar instituciones jurídicas como la presunción de inocencia que poseen una entidad y sustrato propio que les otorga una dimensión general. La tercera se refiere a la sorpresa de hallarme con un Código Orgánico Integral Penal (última modificación en 2021). No he estudiado otros códigos similares en los que se integre la norma penal sustantiva y la procesal. Y he de decir que este proceder tiene la ventaja de constituir un cuerpo normativo unificado que permite tener una suerte de estatuto de esta clase de derecho, el penal, de tanta importancia para el funcionamiento del sistema democrático. Básicamente, por la trascendencia transversal del sistema de justicia criminal. No a todo el mundo le afecta el derecho de sociedades o de reclamación de daños. Pero sí, a todo el mundo, le es próximo el derecho criminal. Y, en cualquier caso, resulta ser un instrumento puramente público en el que se refleja, en gran manera, los principios que rigen la sociedad política.

En el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador se reconoce el principio de presunción de inocencia en el art. 5.4 que señala que: "toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecute una sentencia que determine lo contrario". También se atiende a este principio en otros apartados del Código. Por ejemplo, el art. 301, con relación al delito de contrabando, donde especifica que es a la fiscalía la que debe presentar prueba de cargo para probar el delito. También en el art. 529.1, respecto al delito flagrante, donde se establece que: "En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada". Finalmente, el art. 642 del Código orgánico dispone que: "9. La sentencia dictada en esta audiencia de acuerdo con las reglas de este Código, es de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante las o los juzgadores de la Corte Provincial". Resulta interesante la redacción de la norma, ya que diferencia entre la sentencia de condena y la de ratificación de la inocencia. En España, por ejemplo, la sentencia no condenatoria se denomina absolutoria y al absuelto no culpable. Se trata de un matiz, pero entiendo que la presunción de inocencia queda mejor defendida cuando la sentencia absolutoria se denomina ratificadora de la inocencia.

3. Manifestaciones y efectos de la presunción de inocencia en el proceso penal

Inocente es quien está libre de culpa. Esa es la condición jurídico-política de partida de los ciudadanos en democracia respecto a su estatus legal. Todos ellos nacen y adquieren los derechos propios de la sociedad política sin ninguna clase de condición negativa previa¹⁴. Esta circunstancia no es tan evidente como pudiera pensarse. En las sociedades antiguas, los descendientes arrastraban las culpas de sus ancestros. Incluso hoy, desde el punto de vista del derecho civil, las personas heredan deudas y propiedades de otras personas fallecidas. Finalmente, recordemos

que para determinadas religiones todos somos pecadores necesitados de redención. No es así en la sociedad política democrática en la que los ciudadanos nacen y son inocentes de cualquier clase de imputación en tanto no se demuestre lo contrario en un procedimiento legal, público y con todas las garantías¹⁵. Esto incluye la extensión de la presunción de inocencia fuera del ámbito penal. Concretamente, la presunción de inocencia debe entenderse aplicable a cualquier actuación o resolución, tanto administrativa como policial o jurisdiccional, que se base en la conducta de las personas, de cuya apreciación se derive un resultado sancionador o limitativo de derechos (Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional de España, 13/82, de 1 abril, 36/85, de 8 marzo, 81/88, de 28 abril)¹⁶. Ello no obsta para que sea el proceso penal el ámbito principal donde se proyecta la presunción de inocencia.

Desde mi punto de vista, existen distintos ámbitos de aplicación de la presunción de inocencia en el marco amplio del proceso penal, que tiene que analizarse de forma separada por responder a distintas finalidades. Así, la presunción de inocencia se aplica a todo el proceso penal desde la investigación inicial de los hechos a la valoración de la prueba, pero con distintos criterios de aplicación en cada uno de los momentos y tiempos procesales, conforme se explica a continuación.

1. La presunción de inocencia informa cualquier investigación pre-procesal o procesal que se lleve a cabo respecto de cualquier persona. De modo que no cabe indagaciones genéricas respecto a personas determinadas si no existe una denuncia, querella o al menos una sospecha fundada de la comisión de un hecho delictivo.
2. El derecho a la presunción de inocencia no impide que el imputado quede afectado por los trámites procesales de sujeción al proceso penal, incluyendo aquí desde la misma declaración de imputación, la imposición de fianzas o la adopción de medidas cautelares. De modo que la presunción de inocencia no puede ser invocada con éxito respecto de hechos o elementos aislados alegados en el proceso. Su aplicación deberá tener lugar cuando se refiera al conjunto de toda la actividad probatoria y jurisdiccional desarrollada en el proceso. Ahora bien, ello no obsta para que actos de investigación previos puedan fundar una sospecha sobre la falta de objetividad del tribunal respecto de la valoración de la prueba.
3. La presunción de inocencia es compatible con la confesión del imputado o acusado en cualquier momento del proceso penal. Esta es una situación frecuente que se produce, principalmente, por la eventual obtención de beneficios en la pena que se le pueda imponer. Así sucede en el caso del Derecho español con la conformidad que puede ser con los hechos, la calificación jurídica o la pena¹⁷. Esta posibilidad también se da en prácticamente todos los ordenamientos jurídico penales¹⁸.
4. En el ámbito de investigación criminal previo al juicio, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución

¹⁵ La naturaleza esencial del derecho a la presunción de inocencia ha sido puesto de relieve en diversas resoluciones del TC según las cuáles se trata de un principio que informa todo el proceso penal desde su explícita proclamación en la CE: "...el derecho a la presunción de inocencia no surge, ciertamente de la Constitución. En la Exposición de Motivos LECrim, ya se dice que "el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no sean suyas ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado". (Su) constitucionalización no es simplemente la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de su derecho...". España Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recursos de amparo números 60 y 110/1982. Sentencia número 56/1982, de 26 de julio, Boletín Oficial del Estado 197, 18 de agosto de 1982, BOE-T-1982-21100.

¹⁶ Todas las sentencias del Tribunal Constitucional de España se pueden consultar libre y gratuitamente en la siguiente dirección web: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/default.aspx>. En cuanto a las sentencias de los tribunales ordinarios de España incluyendo el Tribunal Supremo en la siguiente dirección web: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

¹⁷ Véase sobre estas posibilidades, Manuel Richard González e Iñaki Riaño Brun, *Derecho Procesal Penal* (España: Tecnos, 2024), 405 y ss.

¹⁸ Véase respecto al Derecho de Ecuador, Álvaro Alvarado-Pazmiño, "Presunción de inocencia. Principio-regla o condición temporal frente a los efectos jurídicos del procedimiento abreviado", *593 Digital Publisher CEIT* 7, n.º Extra 1-1 (2022): 671-686, ISSN-e 2588-0705.

¹⁴ Dice a este respecto Humberto Nogueira Alcalá que: "la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico". Humberto Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", *Revista Ius et Praxis* 11, n.º 1 (2005): 221-241.

fundada en derecho. De modo que, según cada sistema jurídico habrá que seguir los criterios establecidos a fin de poder adoptar una medida cautelar que nunca puede suponer un juicio previo de culpabilidad ni tampoco una anticipación de la eventual pena que se pudiera imponer al imputado.

5. A efectos de enervar la presunción de inocencia sólo cabe atribuir el carácter de prueba a la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del Tribunal, con observancia de los principios de contradicción y publicidad. Ello sin perjuicio de determinadas especialidades, según cada ordenamiento jurídico, como pueden ser la prueba preconstituida o anticipada que, en definitiva, también pueden ser objeto de debate en juicio. De forma que no puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal. Esta cuestión se vincula al derecho de defensa del acusado y a un proceso público con todas las garantías. Es decir, al debido proceso.
6. La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación. A contrario, no es exigible a la defensa una *probatio diabólica* de hechos negativos o de la inexistencia de hechos. Ello no obsta para que corresponda, en su caso, a la defensa la prueba de los hechos exculpativos, siempre que la acusación haya acreditado previamente hechos que apunten hacia la responsabilidad del acusado. Es decir, no cabe pedir ninguna actividad probatoria al acusado en tanto que la acusación haya probado previamente una eventual responsabilidad del acusado.
7. En principio, la única prueba apta para enervar la presunción es la de cargo. Pero, en defecto de la anterior, se admite que la prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia. En cualquier caso, la pruebas indiciaria debe cumplir una serie de requisitos que impiden que se pueda condenar con pruebas indiciarias meramente circunstanciales. Así los indicios deben ser plurales, directos y todos ellos unívocos y apuntando en la dirección de la participación y responsabilidad del acusado.
8. Según el principio de presunción de inocencia, ante la falta de actividad probatoria de cargo, deberá absolverse al acusado. Por tanto, en sentido estricto, la presunción de inocencia presupone la ausencia de medios de prueba (carencia de una mínima actividad probatoria). La prueba capaz de enervar la presunción de inocencia comprende dos cuestiones de naturaleza fáctica: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado. La culpabilidad debe entenderse desde la perspectiva de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal. Ambas cuestiones o elementos de enjuiciamiento deben quedar acreditados con base en prueba de cargo suficiente directa o indiciaria, en caso contrario, el acusado debe ser absuelto¹⁹.

4. La valoración libre y racional de la prueba como criterio necesario para la aplicación del principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia exige que la condena del acusado se fundamente en prueba de cargo suficiente que desvirtúe la posición inicial del sometido a un proceso penal. En ese punto resulta necesario determinar cuáles son los requisitos para la práctica y, especialmente, la valoración de la prueba en el proceso penal. A este respecto, la prueba en el proceso penal debe ser pertinente, necesaria, lícita y practicarse con las debidas garantías procesales (intermediación,

oralidad, igualdad de armas, contradicción, etc.). La prueba practicada debe ser valorada libre y racionalmente con motivación suficiente en la sentencia del razonamiento probatorio del juez.

El principio de libre valoración de la prueba supone un avance histórico del sistema judicial y determina que los asuntos deben resolverse con base en la prueba practicada en el acto del juicio y que debe ser valorada por el juzgador libremente conforme con su criterio profesional y siempre en el marco de la Ley. La valoración libre de la prueba se opone a los sistemas de prueba tasada en los que las pruebas tienen un determinado valor conforme con determinadas reglas previamente establecidas. Así sucedía en el derecho histórico en el que el valor del testimonio o de un documento introducido en el proceso dependía de la persona que declarase o que hubiese confeccionado el documento. Es también lo que sucede en la actualidad en algunos sistemas políticos confesionales en los que, por ejemplo, el testimonio de una mujer tiene menos valor que el de un hombre. Naturalmente, estas reglas no pueden mantenerse en un sistema judicial democrático en el que el valor de la prueba no puede tener un valor preestablecido y depender de la posición social de quien la aporte, sino que debe apreciarse libremente por el Juez en contexto con el resto de las pruebas practicadas.

La libre valoración de la prueba no supone una arbitraria decisión de dar como probados los hechos, según un indiscriminado subjetivismo judicial, sino aplicar una crítica racional a la prueba practicada para adquirir el convencimiento respecto de los hechos que fundamentan la acusación. Para ello deben tenerse presentes dos reglas: 1ª) Con carácter general sólo pueden formar el convencimiento judicial las pruebas que hayan sido practicadas en el acto del juicio oral en presencia del juzgador, ya sea un Juez profesional o un jurado²⁰. 2ª) La valoración de la prueba debe realizarse según las reglas de la lógica y la experiencia; es decir, atendiendo a un criterio racional, justificado y motivado debidamente en la sentencia que ponga fin al proceso.

En este punto debe destacarse la dificultad de precisar el funcionamiento último del sistema de valoración de la prueba en tanto que está sujeto a un juicio de razonabilidad compuesto por varios factores. Así, tiene importancia la intermediación. Es decir, el contacto directo del juzgador con la evidencia y la impresión que obtiene de la práctica de la prueba. Pero, la intermediación se contrarresta con el criterio racional que debe permitir al Juez otorgar el exacto peso a cada prueba. Así, tal vez y sólo tal vez, el nerviosismo del testigo al declarar puede ofrecer al juez alguna información sobre la veracidad de su testimonio. Pero, puede ser que el testigo esté nervioso no porque esté mintiendo, sino por otras muchas razones, la más usual la intimidación que produce comúnmente un tribunal de Justicia. Es por ello que resulta imposible establecer criterios exactos sobre la interpretación y valoración de cada clase de prueba. Como también resulta imposible establecer criterios fiables respecto a cuáles sean los estándares o umbrales de prueba suficientes para fundar una condena. Se trata de un problema de imposible resolución que se asocia con la naturaleza humana y la evidencia que un juicio penal siempre se refiere a una realidad pretérita que resulta indeterminada no sólo por el paso del tiempo, sino también por el hecho que la misma realidad es subjetiva dependiendo de quien la presencie y está sujeta a permanente cambio con el transcurso del tiempo.

Ante estas dificultades los juristas acudimos a distintos criterios que el juez utiliza para la valoración de la prueba: el sentido común, la lógica o las máximas de experiencia. Concretamente, en el derecho español se establece como criterio ordinario de valoración la denominada *sana crítica*, que podría identificarse como el buen criterio racional. Así se prevé con relación a distintos medios de prueba en la Ley procesal civil de aplicación subsidiaria a toda clase de procesos (arts. 316.2, 326.2, 334.1 etc. Ley de Enjuiciamiento Civil de España (LEC). Pero, nótese que en la legislación procesal penal se añade a ese criterio el de la apreciación en conciencia de la

¹⁹ Las circunstancias que conforman las eximentes o justificaciones, no quedan incluidas dentro de los criterios referentes a la presunción de inocencia, por pertenecer a la legalidad ordinaria no revisable en vía de amparo. Este criterio explica que la presunción de inocencia en materia de delitos culposos sea de excepcional aplicación. En este tipo de delitos la imputación objetiva de los hechos no suele estar en entredicho, sino que es la imputación subjetiva lo que se cuestiona. Materia ésta que, al entrar dentro del ámbito de la valoración de la prueba, escapa del ámbito de la presunción constitucional. En este sentido, declara el TS que la alegación de la vulneración de la presunción de inocencia en los delitos de imprudencia con vehículos de motor y en otras infracciones culposas resulta insólita y equivoca. Sin embargo, el principio de la presunción de inocencia es aplicable al responsable civil subsidiario, al estar éste legitimado como acusado en el proceso penal y por ello amparado por los principios constitucionales que de modo primordial y directo se refieren a tal proceso.

²⁰ Debe tenerse presente la especificidad de los juicios de jurado en los que la decisión del Jurado se fundamenta en su libre convicción probablemente con falta de suficiente motivación. Eso sí hay que distinguir entre procesos de jurado en los que los ciudadanos únicamente se pronuncian con relación a los hechos (el jurado anglosajón) o el jurado que se pronuncia sobre los hechos y la culpabilidad (España).

prueba²¹. Se trata de un criterio más difuso que alude al especial compromiso moral que adquiere el juzgador penal en los casos criminales.

El contrapunto, absolutamente necesario de los criterios de valoración de la prueba, es la motivación de la sentencia. Sin motivación de la sentencia no puede existir una auténtica presunción de inocencia que quedaría enervada por la pura y simple decisión judicial. La motivación sirve a muchos fines, entre otros garantizar que la decisión adoptada ha seguido un razonamiento lógico y no arbitrario. En definitiva, la motivación es una exigencia del proceso penal democrático, puesto que en su ausencia la sentencia contendría una suerte de acto de fe en el que el juzgador decidiría sobre la condena sin compartir el razonamiento seguido a ese fin. En el Derecho español, el art. 218.2 LECrim dispone que:

Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.²²

En conclusión, el juez deberá motivar su sentencia valorando la prueba practicada y los argumentos defendidos por las partes en el proceso. Cuando el hecho probado permita diversas interpretaciones es preciso fundamentar expresamente las razones por las que se condena por un delito con preferencia a otro posible, máxime cuando se elige el que comporta pena más gravosa para el acusado. Cuando sobre un punto controvertido se hubieren practicado diversas pruebas con resultado distinto, el Tribunal podrá fundar su fallo en la denominada apreciación conjunta de la prueba, sin quedar vinculado por ninguna de aquéllas en especial. Ahora bien, en ese caso, el Tribunal deberá razonar el resultado de la valoración conjunta de la prueba realizada valorar, ya que en caso contrario se producirá un vacío probatorio que vulnerará el derecho fundamental a la presunción de inocencia²³.

5. La prueba de cargo y el *in dubio pro reo* como norma de cierre del sistema de valoración de la prueba en el proceso penal

La apreciación en conciencia de la prueba tiene lugar sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo. Sólo la existencia de esta prueba de cargo servirá para desvirtuar la presunción de inocencia. Se considerará prueba directa o de cargo aquella en que los hechos probados acrediten racionalmente la culpabilidad del acusado. Ahora bien, no siempre es posible en los procesos penales disponer de prueba de cargo que relacione directamente al acusado con los hechos. Por ello, cuando la prueba no recae directamente sobre los hechos relevantes y decisivos para la condena del acusado, deberá acudirse a la prueba indirecta, o indiciaria circunstancial. Este tipo de prueba se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito perseguido, pero de los que se puede inferir éstos, así como la participación del acusado. Tal certeza se obtiene por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados (indicios) y los que se pretende probar (constitutivos). En el supuesto de que conduzcan, en hipótesis, a distintas conclusiones, deberá

²¹ Art. 741 LECrim: "El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley".

²² España, *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, art. 218.2.

²³ La Audiencia Provincial en sede de recurso de apelación o el Tribunal Supremo en casación pueden controlar la formación de la convicción por el Tribunal inferior. Este control consistirá en verificar la racionalidad del razonamiento, de forma que resulte lógica la convicción del Tribunal de instancia sobre los hechos probados. Con este control se detectarán las infracciones que puedan producirse con relación a las reglas de la lógica, de los principios generales de la experiencia o de conocimientos científicos acertados, con lo que se evita cualquier pronunciamiento arbitrario o absurdo. Esta apreciación deberá recaer sobre una mínima actividad probatoria considerada de cargo, apoyada en la intermediación material del juzgador.

el Tribunal razonar la elección de la que estime pertinente. En todo caso, el razonamiento jurídico del Tribunal deberá constar en la motivación de la sentencia.

El derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuarla. En este punto, debemos tener en cuenta un principio cercano, aunque de distinto significado, al de presunción de inocencia que es el denominado *in dubio pro reo*. Históricamente, ambos principios eran conocidos como el *favor rei* o el *favor delinquentis*. Pero tenemos que diferenciarlos, ya que el *in dubio pro reo* opera como norma de interpretación o de apreciación de la prueba cuando ésta resulte insuficiente para la condena del acusado en el proceso penal. De modo que el principio *in dubio pro reo* debe considerarse una regla de valoración de la prueba mientras que la presunción de inocencia constituye un principio fundamental del proceso penal. Efectivamente, el principio de *in dubio pro reo* opera como una norma de interpretación o de apreciación de prueba, en caso de que ésta resultase insuficiente para la condena del acusado. De este modo, cuando el resultado de la prueba dejara dudas en el ánimo o conciencia del Tribunal se deberá absolver al acusado en virtud del principio de *in dubio pro reo*. Se trata de aquellos supuestos en los que el órgano juzgador no ha adquirido una certeza plena sobre la existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados y, en consecuencia, sobre la responsabilidad penal del acusado. En tales casos, la duda debe beneficiar siempre al imputado como consecuencia de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Ahora bien, para que la duda se resuelva (se deba resolver) en favor del reo la duda debe existir. Es decir, que este principio no opera cuando el órgano juzgador ha adquirido una certeza plena sobre la existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados y sobre la responsabilidad penal del acusado²⁴.

6. La alegación de vulneración de la presunción de inocencia en vía de recurso

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, que puede desvirtuarse con la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, que pueda entenderse de cargo y de la que se pueden deducir la culpabilidad del acusado. Su protección corresponde a los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial, que deben otorgarla por medio de los distintos procesos en que intervengan. Especialmente importante es la alegación de la vulneración de la presunción de inocencia en vía de recurso. Este motivo de recurso puede tener distinto fundamento y alcance en cada ordenamiento jurídico. En España, la vulneración de la presunción de inocencia se puede alegar en apelación con base en los motivos previstos en el art. 790.2 LECrim, ya sea con base en el error en la apreciación de la prueba o por infracción de precepto constitucional. También, como motivo de recurso de casación. A este fin, el art. 852 LECrim establece que: "[e]n todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en infracción de precepto constitucional". Lo cual habilita a la casación para conocer de la presunta vulneración de la presunción de inocencia. Al conocer de este motivo el Tribunal Supremo deberá realizar un juicio sobre la prueba practicada al efecto de comprobar la existencia del hecho que fundamenta la condena. Es decir, si la condena se ha basado en prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. Pero, sin que el Tribunal Supremo pueda revisar la valoración de las pruebas directas lo que es potestad exclusiva del juzgador de instancia.

²⁴ En el momento presente podemos decir que el principio de «in dubio pro reo» opera de un modo secundario como complemento de la presunción de inocencia. En realidad, el «in dubio pro reo» podría ser suprimido en tanto que la existencia de duda implica la necesaria aplicación de la presunción de inocencia. No obstante, este es un principio tradicional del proceso penal que se aplicaba cuando todavía no se había formado el principio de presunción de inocencia. Véase a este respecto, Francisco Tomás y Valiente, "In dubio pro reo", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", 17.

7. Un apunte final: La presunción de inocencia en el debate público

El modo en el que se trata la presunción de inocencia en el debate público también adquiere una gran importancia. Probablemente, este apartado podría haberse situado al inicio de este trabajo, pero su inclusión como apunte final se debe a la pretensión de que sirva como colofón final de este estudio²⁵. A ese fin responde este apunte final en el que analizo el modo en el que se trata la presunción de inocencia en el debate público partiendo de un supuesto reciente que afecta a un conocido jugador de fútbol juzgado y condenado en primera instancia en España por un delito de agresión sexual. Recurrida la sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, actuando como tribunal de apelación, estimó la vulneración de la presunción de inocencia del acusado y le absolvió al apreciar la existencia de contradicciones en la declaración de la presunta víctima que, sin embargo, no fueron tenidas en cuenta por el juzgador de primera instancia.

El asunto al que me refiero ha sido objeto de una amplia cobertura por los medios de comunicación al afectar a un conocido jugador de fútbol brasileño que había estado jugando para el equipo principal de la ciudad de Barcelona. La acusación contra el deportista se refería a una presunta agresión sexual que habría cometido en la ciudad de Barcelona en 2022. Juzgado y condenado en primera instancia la sentencia se recurrió ante el TSJ de Cataluña que en su sentencia 109/2025 de 28 de marzo de 2025 (ECLI:ES:TSJCAT:2025:879) estimó el recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado en primera instancia por un delito de agresión sexual y decretó su libre absolución apreciando la presunción de inocencia del acusado. La citada STSJ Cataluña ni es innovadora ni dice nada nuevo sobre la valoración de la prueba y el principio de presunción de inocencia. Sencillamente, revisa la sentencia de primera instancia a petición del acusado para concluir que procede la absolución atendiendo a la doctrina jurisprudencial constante sobre la suficiencia probatoria y la presunción de inocencia²⁶. El TSJ de Cataluña con base en esa actividad de revisión de la prueba practicada en primera instancia modificó el relato de hechos probados al entender que la víctima habría ofrecido una versión de los hechos que no era concordante con otros hechos acreditados en la causa: "No compartimos la argumentación de la Sala de instancia. El hecho de ofrecer un relato objetivamente discordante con la realidad interfiere de forma muy relevante en el análisis de la fiabilidad de un testigo"²⁷. En su virtud, el TSJ de Cataluña corrigió la valoración probatoria de los hechos efectuada por el tribunal de primera instancia que habría otorgado credibilidad al testimonio de la víctima con base en una creencia meramente subjetiva no fundada en la prueba practicada: "A la vista de lo expuesto concluimos que el Tribunal de instancia ha optado por acoger una creencia subjetiva de lo que ocurrió en el interior del baño limitada únicamente a que la penetración vaginal fue inconsciente,

²⁵ Véase, sobre este aspecto de la presunción de inocencia Nadya García Yépez, "La Incidencia de los medios de comunicación en la presunción de inocencia"; y Carlos Guillermo Bravo-Zamora, "Violación del principio de inocencia por la campaña negativa de prensa", 593 *Digital Publisher CEIT* 7, n.º Extra 1-1 (2022): 564-578.

²⁶ "Partimos en este análisis de las exigencias a cada una de las hipótesis planteadas, la acusatoria y la defensiva. La sentencia del STS 23/2023 de 20 enero, fija el argumento del canon de suficiencia probatoria, recogido y ampliado en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional STC 72/24 de 20 de junio, que analiza especialmente el alcance de la apelación respecto de las sentencias absolutorias y condenatorias. i) La primera STS 23/23 de 20 de enero, establece entre otras cosas lo siguiente, FTO.5º "(...) Cabe recordar que cuando de lo que se trata es de declarar acreditada de manera suficiente la hipótesis acusatoria (STS 762/2022, de 15 de septiembre), el canon de suficiencia probatoria debe ser, en virtud del principio de presunción de inocencia, particularmente exigente. Los resultados probatorios deben permitir justificar que dicha hipótesis no solo se corresponde a lo acontecido sino también que las otras hipótesis alternativas en liza carecen de una mínima probabilidad atendible de producción. (...) Como consecuencia, y de contrario, surge la obligación de declarar no acreditada la hipótesis acusatoria cuando la prueba practicada arroja un resultado abierto. Lo que se dará cuando la hipótesis defensiva singular o la hipótesis presuntiva general de no participación que garantiza, de partida, el principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, aparezcan, desde criterios racionales de valoración, también como probables, aun cuando lo sean en un grado menor que la tesis acusatoria. Insistimos, el problema se centra en el diálogo entre dos hipótesis, una acusatoria y otra defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación. La primera, reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que en términos fenomenológicos resulten altísimamente concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no. (...)". España Tribunal Superior de Justicia De Catalunya, *Sentencia 109/2025*, Boletín Oficial del Estado, 28 de marzo de 2025, Fundamento de Derecho 6.10.2, BOE-A-2015-7588.

²⁷ España Tribunal Superior de Justicia De Catalunya, *Sentencia 109/2025*, Fundamento de Derecho 6.10.5.ii.

como sostiene la denunciante"²⁸. Esta discrepancia en la valoración del testimonio de la presunta víctima se fundamenta en una determinada posición ideológica que mantiene que en el caso de delitos contra la libertad sexual debe prevalecer el testimonio de la víctima más allá que este pueda ser confuso, incompleto o contradictorio; o que no se halle confirmado por otras pruebas practicadas. Criterio completamente ajeno a los principios que deben inspirar el proceso penal y especialmente la valoración de la prueba.

El criterio del TSJ de Cataluña se fundamenta en la aplicación del principio de presunción de inocencia que, por supuesto, no supone que se dé por cierta la versión del acusado, sino sencillamente que la prueba practicada por la acusación no consiguió acreditar los hechos objeto de la acusación:

La única hipótesis relevante que se somete a juicio es la acusatoria. Por tanto, no afirmamos que la hipótesis verdadera sea la que mantiene la Defensa del acusado. Lo que afirmamos es que, de la prueba practicada, no cabe concluir que se hayan superado los estándares que exige la presunción de inocencia de conformidad con el art.24.2 CE y del art 6 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 9 de marzo de 2016 "Por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio", que expresamente establece: "1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. 2. Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto."²⁹

Hasta aquí nada extraño. Si la sentencia se hubiere dictado respecto a un caso que afectará otra clase de bienes jurídicos probablemente hubiese pasado desapercibida, incluso tratándose de una persona conocida. El hecho es que la sentencia trataba de una agresión sexual y resolvía el asunto aplicando la presunción de inocencia al considerar el tribunal que la prueba practicada no había enervado la referida presunción. Naturalmente, que ello no supone restar valor o desconocer la declaración de la presunta víctima, sino que esa declaración en el marco de las exigencias del proceso penal no era prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia que asistía al acusado.

En ese punto, nada menos que la vicepresidenta del gobierno de España, realizó unas declaraciones en las que públicamente denigró la función jurisdiccional. No es que discrepa del fallo lo cual es perfectamente admisible, sino que dijo sentir vergüenza por una sentencia en la que el tribunal, sencillamente, aplica el principio de presunción de inocencia una vez examinada la prueba practicada. Concretamente, la citada responsable política manifestó lo siguiente: "Qué vergüenza la sentencia de Dani A. [...] qué vergüenza que todavía se cuestione el testimonio de una víctima y se diga que la presunción de inocencia está por delante del testimonio de mujeres jóvenes valientes [...]"³⁰. Claro es fácil caer en la demagogia ignorante de algunos representantes políticos, pero lo cierto es que no se aprecia ninguna vergüenza en la circunstancia que los tribunales de justicia cuestionen, naturalmente, el testimonio de cualquiera que declare ante un tribunal. A eso se le llama valorar la prueba. Y sí claro que la presunción de inocencia se impone ante la ausencia de prueba de cargo que, más allá de duda razonable, acredite la responsabilidad y culpabilidad del acusado. Se trate de un delito de agresión sexual o de cualquier otra clase. Lo dicho creo que lo entiende la mayor parte de la población. El problema se halla en el hecho que la persona que ataca de ese modo uno de los pilares de nuestro sistema de justicia, es nada menos

²⁸ España Tribunal Superior de Justicia De Catalunya, *Sentencia 109/2025*, Fundamento de Derecho 6.10.5.iv.

²⁹ España Tribunal Superior de Justicia De Catalunya, *Sentencia 109/2025*, Fundamento de Derecho 6.10.6.vi.

³⁰ Las declaraciones de la Sra. Montero fueron las siguientes: "... Qué vergüenza la sentencia de Dani Alvés, qué vergüenza .../... qué vergüenza que todavía se cuestione el testimonio de una víctima y se diga que la presunción de inocencia está por delante del testimonio de mujeres jóvenes valientes que deciden denunciar a los poderosos, a los grandes, a los famosos ...". Estas declaraciones se emiten en Jaén en un Congreso Provincial del partido político de la Sra. Montero. Y, naturalmente, son aplaudidas por un nutrido grupo de palmeros emocionados ante el discurso de la líder política. María Jesús Montero, "María Jesús Montero se muestra contundente ante la absolución de Dani Alves: "Qué vergüenza"", video de YouTube, a partir de un discurso en el Congreso Provincial del PSOE en Jaén, 2025, <https://www.youtube.com/watch?v=5TFp4qRTKcM>.

que la vicepresidenta del gobierno de un país. En este caso, España. Con bastante probabilidad la citada representante pública no había leído la sentencia. Pero ello no la exime de responsabilidad por sus manifestaciones, incluyendo aquí la falta de respeto hacia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Resulta difícil hacer pedagogía de las virtudes del sistema de justicia y de la labor, casi siempre callada y responsable de jueces, abogados y el resto de intervinientes en el sistema judicial, cuando los representantes políticos muestran tal grado de ignorancia y falta de respeto por el trabajo judicial.

La crítica de la representante había sido tan dura y falta de fundamento que las cuatro asociaciones de jueces y tres de fiscales de España censuraron las citadas declaraciones³¹. También el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) emitió una nota de prensa en la que, sin mencionar a la responsable de las declaraciones, se pronunciaba, por unanimidad, en defensa del sistema judicial, las víctimas de delitos y, específicamente, del trabajo judicial del TSJ de Cataluña³². En todos los casos se solicitaba a los representantes públicos ser responsables en sus manifestaciones respecto de las decisiones judiciales. Sencillamente porque de no hacerlo así se produce una erosión de la confianza de la ciudadanía en las instituciones y se pone en peligro el Estado de Derecho. Ciertamente es que la Sra. Vicepresidenta poco después se disculpó diciendo que: "[...] si de la expresión que utilice se puede concluir que yo he puesto en cuestión ni más ni menos que la presunción de inocencia que es un pilar de nuestro estado de derecho pues evidentemente la retiro y pido disculpas por esa expresión [...]". Pero no parece que se trate del reconocimiento de un error, sino de una disculpa forzada atendiendo a lo que a continuación dice:

[...] Pero quiero ir al fondo del asunto. Decir que primero este caso fue juzgado en un tribunal que declaró culpable a esta persona, es decir, que no estamos hablando en el vacío, estamos hablando de una cuestión concreta. Y desde mi punto de vista, la presunción de inocencia no puede ser incompatible con la credibilidad y con la fiabilidad del testimonio de las víctimas y creo sinceramente que esta sentencia es un retroceso respecto a esos avances y creo que se tiene que generar el debate social que permita ver cómo y de qué manera somos capaces de no revictimizar a las víctimas cuando hacen su declaración en los juzgados para no provocarles un doble sufrimiento.³³

Resulta muy difícil argumentar ante tanto desconocimiento y desatino. Porque, claro que las sentencias de condena se pueden recurrir, es un principio básico del sistema de justicia. Y por supuesto que la presunción de inocencia es incompatible con cualquier clase de prueba tasada que admita como verdad *iuris et de iure* determinada declaración en razón de la persona o de cualquier circunstancia como ser denunciante de agresión sexual. Y por supuesto que la aplicación de los principios que rigen el proceso penal nunca puede suponer un retroceso, sino la constatación fáctica de existencia de un estado democrático.

El problema más allá del desconocimiento general de los representantes públicos se halla

³¹ Blanca Valdés Mañas, "Todas las asociaciones de jueces y fiscales, contra Montero por negar la presunción de inocencia de Alves", *Vozpópuli*, 31 de marzo de 2025, <https://www.vozpopuli.com/tribunales/cuatro-asociaciones-jueces-contra-montero-por-negar-presuncion-inocencia-alves.html>.

³² "la revisión por tribunales superiores de lo resuelto por tribunales inferiores forma parte de la normalidad del Estado de Derecho. El sistema de recursos se establece para buscar el acierto de la decisión última. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no escapa a este principio y también está sujeta a los procedimientos de revisión previstos en las leyes procesales. En segundo lugar, la protección y apoyo a las víctimas, en especial de delitos contra la libertad sexual, no implica renunciar a la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental. En tercer lugar, el Pleno confía en la profesionalidad y capacitación técnica de las magistradas y los magistrados intervinientes en el caso, tanto de la Audiencia Provincial de Barcelona como del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y quiere trasladarles todo su apoyo con independencia del sentido de sus decisiones. Es responsabilidad de los representantes políticos, cuando discrepan de una resolución judicial, compatibilizar su legítimo derecho a la crítica con la preservación de la confianza de la ciudadanía en las instituciones". Comunicación Poder Judicial, "Declaración institucional del Consejo General del Poder Judicial", *Poder Judicial España*, 1 de abril de 2025, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/-Declaracion-institucional-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial->.

³³ María Jesús Montero, "Las disculpas de María Jesús Montero por cuestionar la presunción de inocencia tras el caso Alves", video de YouTube, a partir de un intercambio con la prensa en Sevilla, 2025, <https://www.youtube.com/shorts/qQ4kV-C5kII>. Véase también: Carlos Rocha, "Montero pide disculpas por sus palabras sobre la presunción de inocencia en el caso Alves", *El Confidencial*, 1 de abril de 2025, https://www.elconfidencial.com/espana/2025-04-01/montero-pide-disculpas-palabras-inocencia-alves_4099701/.

en la adopción acrítica y el uso autoritario de la ideología como argumento de autoridad y de condicionamiento del sistema de justicia. Ello más allá de la bondad intrínseca de la ideología. Porque en este caso, la ideología que defiende la citada representante pública parece tener por objetivo reforzar la defensa de la libertad sexual de las mujeres lo cual es un objetivo lícito y deseable. El problema es que se pretende imponer ese derecho a costa del de presunción de inocencia. De hecho, se pretende que la presunción de inocencia no sea aplicable en el enjuiciamiento de determinados delitos (contra la libertad sexual). Sin embargo, es obvio que ambos derechos son absolutamente compatibles. No cabe duda, de la importancia de proteger la libertad personal de las mujeres en cualquier lugar del mundo, teniendo presente que son las potenciales víctimas de la mayoría de los delitos de carácter sexual. El problema aparece cuando la protección de determinados derechos de los ciudadanos colisiona con otros derechos de los mismos u otros ciudadanos. Más concretamente, cuando una determinada ideología pretende imponerse sobre los principios propios de la democracia en el ámbito del sistema de Justicia. Así se sucede cuando se pretende que cuando lo que se juzguen sean delitos contra la libertad sexual la declaración de la víctima haga prueba plena de los hechos sin permitir operar la presunción de inocencia y, en su caso, el principio de *in dubio pro reo*. En ese caso, se produce una colisión de derechos que debe ser resuelta atendiendo a la supremacía de los derechos fundamentales entre los que se halla el de presunción de inocencia.

La situación descrita tiene su origen en la reciente modificación de delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de España que se basó en otorgar especial relevancia a la existencia de consentimiento. Así, se refleja perfectamente en el art. 178 Código Penal donde se incide especialmente en la existencia de consentimiento para actos de naturaleza sexual³⁴. Nada que decir al respecto. El problema consiste cuando se deba examinar si concurría o no el consentimiento de la víctima. Y en ese punto, conforme a la ley, el tribunal constatará en el juicio la existencia de actos: "[...] que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". En definitiva, el tribunal debe apreciar que existe un consentimiento producto de la libre voluntad de los intervinientes en un acto de naturaleza sexual. A ese fin, la prueba de la comisión de un delito de agresión sexual se fundamentará en la prueba de la existencia de dos hechos: 1º un acto de carácter o naturaleza sexual. 2º La ausencia de consentimiento de uno de los partícipes (que sería la víctima). Hasta ahí la coherencia del tipo penal es adecuada. El problema aparece cuando el tipo penal penaliza cualquier acto sexual en el que no exista una manifestación libre: "mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". Los problemas jurídicos aquí se acumulan. En primer lugar, puede resultar extremadamente difícil hallar ese consentimiento expreso en toda relación sexual, lo que aboca a una situación de inseguridad jurídica. En segundo lugar, como resultado de lo previsto en el tipo penal, la carga de la prueba se traslada al acusado que ante la falta de evidencia de consentimiento debería acreditar por sí mismo la existencia de actos claros de voluntariedad de su pareja sexual. Esta suerte de *probatio diabólica* no parece plantear ningún problema para el legislador en tanto que la comisión del tipo penal se fundamenta en la declaración de la denunciante de agresión sexual quedándole al acusado como única actividad probatoria de descargo acreditar la existencia de consentimiento. Lo cual, por otra parte, decaería ante la simple declaración en contrario de la denunciante que podría enervar de ese modo la presunción de inocencia del acusado. Efectivamente, es el mundo al revés. No obstante, aunque sea por el momento, y con permiso de la vicepresidenta del gobierno, la carga de la prueba corresponde a la acusación. Y, en este caso, corresponderá, por lo general, a la acusación acreditar que no existió un consentimiento libre y claro de la víctima. Y aquí el problema consiste en acreditar en juicio un hecho negativo. A saber, que no existieron actos que manifestaron de forma clara la voluntad de la persona. Máxime teniendo en cuenta que las relaciones sexuales, sean de la

³⁴ El art. 178.1 CP dispone que: "Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". Y el párrafo 2º del mismo art. 178 dispone que se considerará agresión sexual aquellos actos cometidos cuando la víctima estuviere privada de voluntad o conocimiento para consentir.

naturaleza que sean, tienen lugar en ámbitos privados. En ese punto, probablemente la prueba se reducirá a las manifestaciones a buen seguro opuestas de acusado y víctima. Y si no existe ninguna clase de prueba que pueda otorgar mayor valor probatorio a una u otra declaración naturalmente debe optarse por aplicar el principio de presunción de inocencia y proceder a la absolución del acusado.

Lo anterior puede parecer un galimatías, pero es el diabólico escenario probatorio al que nos conduce una regulación legal errónea que los jueces deben reconducir para garantizar el principio de presunción de inocencia. Porque diga lo que diga nuestra ilustre representante pública y le pese a quien le pese, la presunción de inocencia es un principio jurídico esencial del sistema procesal de las democracias occidentales. Más aún, la presunción de inocencia junto con el del derecho a guardar silencio son ampliamente reconocidos por los ciudadanos. Probablemente por la constante alusión que se hace a los mismos en toda clase de libros, películas y series de televisión. Por eso sorprende que personas aparentemente formadas puedan mostrar tal falta de respeto no sólo respecto de una sentencia, sino del sistema de principios y derechos del proceso penal.

Todo lo expuesto expone con total crudeza lo endeble de una democracia en la que ni siquiera los miembros del gobierno parecen entender ni respetar el trabajo judicial. Y esto es un gran problema de la Justicia y del sistema democrático. Probablemente, el problema debe hallar solución aunando esfuerzos en defensa del sistema de Justicia como un fundamento de la democracia. Por cierto, en algunos países se hace. Sin ir más lejos en Francia se plantearon hace años la necesidad de reforzar el principio de presunción de inocencia. Es por ello que en el año 2000 se dictó la Ley 516/2000 de 15 de junio para reforzar la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, y otras normas complementarias³⁵. Y en 2021 la LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire³⁶. Se trata de dos normas cuyo objeto directo es la protección de la presunción de inocencia para lo que se modifican no sólo normas de naturaleza procesal penal, sino también el código civil y la Ley de libertad de prensa de 1881, entre otras normas. Precisamente, la modificación de la Ley de 1881, por la loi 516/2000, prevé la imposición de multas de 15000 euros a aquellos medios de comunicación que difundan la imagen: "de una persona identificada o identificable imputada con ocasión de un procedimiento penal pero que no ha sido objeto de un enjuiciamiento de condena y haciéndola aparecer como esposada o ubicada en situación de prisión provisional" (art. 35 ter Ley de libertad de prensa francesa de 1881)³⁷. Tal vez, ese sea el camino y lo que se debe prever es la imposición de sanciones para las conductas que socaven los principios del sistema de justicia. Si bien se mira este puede ser el correlato lógico de lo previsto en el art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (LOPJ) que obliga a todos, particulares y a la administración pública, a respetar las sentencias y las demás resoluciones judiciales. Y el art. 14 LOPJ que prevé que:

1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.
2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.³⁸

Naturalmente que en un caso como el aquí citado el Fiscal debería haber abierto unas diligencias

35 Francia, *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, Journal Officiel, 16 de junio de 2000, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000765204/>.

36 Francia, *LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire*, Journal Officiel, 23 de diciembre de 2021, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044545992>.

37 Véase sobre esta cuestión Iñaki Riaño Brun, "Principio de presunción de inocencia: Iniciativas de protección en el derecho francés y su aplicación en el ordenamiento jurídico español", *Rev. General de Derecho Procesal*, n.º 64 (2024): 6.

38 España, *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, art. 14.

informativas ante las declaraciones de la vicepresidenta del gobierno. O plantear la posibilidad de que el CGPJ pueda imponer multas gubernativas de entidad a aquellos que inquieten la independencia judicial³⁹. Sin embargo, nos tenemos que conformar con la declaración de la presidenta del Tribunal Supremo de España que en un acto con futuros jueces les solicitó que exijan respeto frente a sus decisiones⁴⁰. Sí, muy bien de acuerdo. ¿Pero quién es el encargado de hacer valer ese respeto por las decisiones judiciales? Con toda seguridad debería ser el CGPJ, pero no parece que tenga ninguna voluntad de ejercer esa potestad en tanto que esa clase de declaraciones y comportamientos producen una clara desafección de los ciudadanos con el sistema de justicia. Los ejemplos se acumulan mostrando un uso absolutamente partidista del sistema judicial. Y claro, si los representantes públicos no respetan las decisiones judiciales porque tienen que hacerlo los ciudadanos ordinarios. En definitiva, no me cabe ninguna duda de la influencia, mala, que distintas narrativas político-ideológicas tienen en el sistema de Justicia. Lo erosionan en múltiples y variadas formas que afectan la percepción de la Justicia por parte de los ciudadanos. En el ejemplo expuesto, la *víctima* es el principio de presunción de inocencia, pero esta clase de actuaciones políticas pueden afectar a cualquier principio o derecho fundamental procesal. Porque en general la ideología política utiliza el sistema judicial para sus propios fines, sin ningún interés aparente en reforzarlo y mejorarlo en beneficio del sistema democrático.

39 Un ejemplo serían las multas gubernativas que se imponen por ejemplo por infringir el deber de neutralidad en periodo electoral. Por ejemplo, de 2200 euros a Pedro Sánchez por ensalzar los logros de su gobierno y desacreditar a los adversarios políticos en 2023. Sin embargo, las declaraciones de representantes políticos frente a los órganos judiciales quedan absolutamente impunes, porque se admite ampliamente que el ejercicio de la política admite ampliamente las declaraciones que van más allá de la crítica, para deslegitimar el sistema judicial. Comunicación Poder Judicial, "El Tribunal Supremo confirma la multa de 2.200 euros que la Junta Electoral impuso al presidente del Gobierno por infringir el deber de neutralidad en periodo electoral", *Poder Judicial España*, 31 de enero de 2025, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-multa-de-2-200-euros-que-la-Junta-Electoral-impuso-al-presidente-del-Gobierno-por-infringir-el-deber-de-neutralidad-en-periodo-electoral>.

40 Comunicación Poder Judicial, "La presidenta del TS y del CGPJ pide a los futuros jueces y juezas que exijan respeto a sus decisiones y que extremen los deberes de motivación y la calidad de la argumentación jurídica", *Poder Judicial España*, 8 de abril de 2025, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/La-presidenta-del-TS-y-del-CGPJ-pide-a-los-futuros-jueces-y-juezas-que-exijan-respeto-a-sus-decisiones-y-que-extremen-los-deberes-de-motivacion-y-la-calidad-de-la-argumentacion-juridica>.

Bibliografía

Alonso Romero, María Paz. *El proceso Penal en Castilla (Siglos XIII al XVIII)*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

Alvarado-Pazmiño, Álvaro. "Presunción de inocencia. Principio-regla o condición temporal frente a los efectos jurídicos del procedimiento abreviado". *593 Digital Publisher CEIT* 7, n.º Extra 1-1 (2022): 671-686. ISSN-e 2588-0705. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8385851>.

Bermúdez Aznar, Agustín. *Jueces y juicios en el Quijote cervantino*. España: Universidad de Alicante / Universitat d'Alacant, 2006.

Betancourt Restrepo, Sebastián. "La carga dinámica Probatoria y su repercusión en el proceso". *Revista Ratio Iuris* 5, n.º 11 (2010): 25-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6263276>

Bravo-Zamora, Carlos Guillermo. "Violación del principio de inocencia por la campaña negativa de prensa". *593 Digital Publisher CEIT* 7, n.º Extra 1-1 (2022): 564-578. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8385854>.

Bustos Ramirez, Juan. "Principios fundamentales de un Derecho penal democrático". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n.º 8 (1994). <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r18473.pdf>.

Comunicación Poder Judicial. "El Tribunal Supremo confirma la multa de 2.200 euros que la Junta Electoral impuso al presidente del Gobierno por infringir el deber de neutralidad en periodo electoral". *Poder Judicial España*. 31 de enero de 2025. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Novelties/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-multa-de-2-200-euros-que-la-Junta-Electoral-impuso-al-presidente-del-Gobierno-por-infringir-el-deber-de-neutralidad-en-periodo-electoral>.

---. "Declaración institucional del Consejo General del Poder Judicial". *Poder Judicial España*. 1 de abril de 2025. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/-Declaracion-institucional-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial->.

---. "La presidenta del TS y del CGPJ pide a los futuros jueces y juezas que exijan respeto a sus decisiones y que extremen los deberes de motivación y la calidad de la argumentación jurídica". *Poder Judicial España*. 8 de abril de 2025. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/La-presidenta-del-TS-y-del-CGPJ-pide-a-los-futuros-jueces-y-juezas-que-exijan-respeto-a-sus-decisiones-y-que-extremen-los-deberes-de-motivacion-y-la-calidad-de-la-argumentacion-juridica>.

Díaz, Ernesto Matías. "Discusiones en torno a la presunción de la inocencia en el ámbito jurídico angloamericano". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 92 (2024): 233-267. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9602935>.

España Tribunal Constitucional. *Sala Segunda. Recursos de amparo números 60 y 110/1982. Sentencia número 56/1982, de 26 de julio*. Boletín Oficial del Estado 197. 18 de agosto de 1982. BOE-T-1982-21100.

España Tribunal Superior de Justicia De Catalunya. *Sentencia 109/2025*. Boletín Oficial del Estado. 28 de marzo de 2025. BOE-A-2015-7588.

España. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Gaceta de Madrid, 17 de septiembre de 1882.

---. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985.

Francia. *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*. Journal Officiel, 16 de junio de 2000. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000765204/>.

Francia. *LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire*. Journal Officiel, 23 de diciembre de 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044545992>.

Fernández López, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: lustel Publicaciones, 2025.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001.

Gaitán Reyes, Julián. "El debido proceso". *Diálogos*, n.º 46 (2017).

García Yépez, Nadya. "La Incidencia de los medios de comunicación en la presunción de inocencia". *Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador* 3, n.º 5 (2019): 141-177. <https://revistadigitaluce.edu.ec/index.php/CAP/article/>

[view/2258/2203](#).

Kamen, Henry. *La inquisición española*. Barcelona: Crítica, 2004.

Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal, un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

Monagas Rodriguez. Orlando. *El proceso penal democrático el proceso justo*. Caracas: Intenso Ofsett, 2015.

Montero, María Jesús. "Las disculpas de María Jesús Montero por cuestionar la presunción de inocencia tras el caso Alves". Video de YouTube, a partir de un intercambio con la prensa en Sevilla, 2025. <https://www.youtube.com/shorts/qQ4kV-C5klI>.

---. "María Jesús Montero se muestra contundente ante la absolución de Dani Alves: "Qué vergüenza"". Video de YouTube, a partir de un discurso en el Congreso Provincial del PSOE en Jaén, 2025. <https://www.youtube.com/watch?v=5TFp4qRTKcM>.

Nieva Fenoll, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia". *Revista Ius et Praxis* 11, n.º 1 (2005): 221-241. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=es.

ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. A/RES/217. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Ovejero Puente, Ana María. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

Ovejero Puente, Ana María. *Presunción de inocencia y juicios paralelos en Derecho Comparado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

Pérez-Cruz Martín, Agustín-J. *La prueba y la presunción de inocencia en el código orgánico integral penal*. Ecuador: Latitud Cero, 2016.

Riaño Brun, Iñaki. "Principio de presunción de inocencia: Iniciativas de protección en el derecho francés y su aplicación en el ordenamiento jurídico español". *Rev. General de Derecho Procesal*, n.º 64 (2024).

Richard González, Manuel e Iñaki Riaño Brun. *Derecho Procesal Penal*. España: Tecnos, 2024.

Richard González, Manuel. "Jueces y administración de Justicia en el Quijote". En *Cervantes y el Derecho*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Rifá Soler, José María y Manuel Richard González. *El proceso penal práctico*. 7ª. Edición. Madrid: La Ley, 2017.

Rocha, Carlos. "Montero pide disculpas por sus palabras sobre la presunción de inocencia en el caso Alves". *El Confidencial*. 1 de abril de 2025. https://www.elconfidencial.com/espana/2025-04-01/montero-pide-disculpas-palabras-inocencia-alves_4099701/.

Schünemann, Bernd. *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*. España: Editorial Reus, 2019.

Tomás y Valiente, Francisco. "'In dubio pro reo', libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20 (1987): 9-34. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24846redco20009.pdf>.

---. *La tortura judicial*. Barcelona: Crítica, 2000.

Valdés Mañas, Blanca. "Todas las asociaciones de jueces y fiscales, contra Montero por negar la presunción de inocencia de Alves". *Vozpópuli*. 31 de marzo de 2025. <https://www.vozpopuli.com/tribunales/cuatro-asociaciones-jueces-contramonteropornegarpresuncioninocenciaalves.html>

Vázquez Azamar, Daniel. *En el nombre del Padre, Desafíos Jurídicos: La conjugación del derecho* 4, n.º 6 (2024). <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds/article/view/143>

Vegas Torres, Jaime. "Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal". Madrid: La Ley, 1993.



LA NECESARIA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL: ENTRE LAS GARANTÍAS Y LA EFICIENCIA¹

Jordi Gimeno Beviá²

Sumario. 1. Introducción: una LECrim que se remonta a 1882. 2. El tiempo y el proceso en el marco de la discusión garantías vs eficiencia. 3. Problemas que provoca la lentitud de la justicia penal 3.1 Para el Estado. 3.2 Para la víctima. 3.3 Para el investigado. 4. Las principales causas de su lentitud. 4.1 ¿Es la justicia penal lenta? La percepción ciudadana y la realidad. 4.2 Algunas causas de la lentitud de la justicia. 5. Posibles soluciones 5.1 Aumento de plazas. 5.2 Digitalización e I.A. 5.3 Reformas procesales 6. Conclusión 7. Referencias bibliográficas

¹ La presente contribución, que espero sea de utilidad para los lectores de Ecuador, supone una actualización y revisión de la conferencia impartida en el Congreso Internacional de los Grupos español y portugués de la AIDP "Tempo e proceso" y ha sido publicado como resultado del Proyecto de investigación "Crisis y retos de la justicia: el necesario equilibrio entre eficiencia e inclusión de grupos vulnerables", IPs. Yolanda Doig Díaz e Isabel Turégano Mansilla, referencia SBPLY/21/180501/000178, ayuda financiada por la Junta de Castilla-La Mancha/Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

² Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España.

1. Introducción: una LECrim que se remonta a 1882

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que regula el proceso penal español se erige no sólo en una de las leyes procesales penales más antiguas de Europa, sino del mundo entero, pues data de hace dos siglos, concretamente del año 1882. Nuestra ley de enjuiciamiento penal, creación del ilustre jurista y Ministro de Gracia y Justicia de la época, Alonso Martínez, supuso una auténtica revolución en la justicia penal española y, a su vez, se convirtió en una de las leyes procesales penales más avanzadas del viejo continente. España transformó su proceso penal, que podría calificarse de medieval, por otro más moderno y justo, en el que, entre otros avances, se reforzaron los derechos del imputado –principalmente se garantizaba el derecho de defensa–, se apostaba decididamente por la oralidad, contradicción y publicidad en la fase de juicio, y se desdoblaba la instrucción del enjuiciamiento, a fin de que no fuera el mismo juez quién llevara a cabo ambas tareas³.

Resulta cuanto menos curioso que una Ley de Enjuiciamiento Criminal sea capaz de sobrevivir a dos monarquías constitucionales (Alfonso XII y Alfonso XIII), a la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), a la Segunda República (1931-1936), a la Guerra Civil (1936-1939), a la dictadura del General Franco (1939-1975) y que siga vigente actualmente⁴.

Pero la LECrim ha sufrido modificaciones de gran calado, principalmente desde la llegada de la democracia española y la aprobación de la Constitución de 1978, que trajo consigo importantes reformas legislativas –promovidas en gran por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional–⁵. Es necesario plantearse, por consiguiente, si una ley tan vetusta es capaz de soportar reformas sustanciales, que la han convertido en un texto “parcheado” con multitud de defectos, tanto formales como materiales. Ante dicha situación, la doctrina procesalista ha exigido, desde hace años, la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Entre otros, Gimeno Sendra entendía que “el estado actual de nuestra justicia penal pone de relieve la exigencia de abandonar la política de reformas parciales a la LECrim y de promulgar un nuevo Código Procesal Penal que responda a nuestra Constitución y a las nuevas exigencias de la sociedad democrática contemporánea”⁶.

Y es que, en España, mientras sí contamos con una LEC aprobada en el año 2000; no tenemos un “Código Procesal Penal de la Democracia”, pues no nos subimos a la ola de nuevos procesos penales de finales del siglo pasado: la “Gran Reforma” del proceso penal alemán de 1975; el nuevo Código Procesal Penal italiano del 88 (que entró en vigor en 1989) o el Código Procesal Penal portugués del 87 (que entró en vigor en el 1988), que son el mejor ejemplo de ello.

El legislador español, por su parte, ha intentado durante varias legislaturas la aprobación de una nueva LECrim. Durante el primer Gobierno socialista de este siglo (2004-2008) se creó una comisión de reforma de LECrim que, desgraciadamente no llegó a presentar oficialmente

ninguna propuesta⁷. En la segunda legislatura socialista (2008-2011), sin embargo, sí que se aprobó un texto que llegó a convertirse en Anteproyecto (de ahora en adelante, ALECRim) pero que, al ser presentado justo antes de las elecciones generales, finalmente no llegó a prosperar⁸. En la siguiente legislatura, concretamente en el año 2013, una comisión de expertos nombrada por el Ministerio de Justicia entregó una nueva Propuesta de Código Procesal Penal (de ahora en adelante, PCPP)⁹. También en el año 2020, otra vez durante el Gobierno socialista, se presentó otro Anteproyecto de LECrim (en adelante, ALECRIM 2020)¹⁰ e incluso en el año 2025 –momento en el que se redacta este trabajo– no se descarta la presentación de otro texto, si bien seguramente sea parecido al de 2020¹¹.

Lo cierto es que los distintos anteproyectos, aunque con algunas diferencias, coinciden en lo sustancial: fiscal instructor, juez de garantías, principio de oportunidad... en línea con los países de nuestro entorno. Sin embargo, han carecido del consenso político necesario para llevarlos a término. Por consiguiente, mientras tanto seguimos con nuestra LECrim de 1882 y con un proceso penal particular en relación con los países de nuestro entorno: prevalencia del juez de instrucción, generosidad en el ejercicio del derecho de acción penal (M.F, acusación particular y acción popular), 7 procedimientos penales (5 ordinarios: sumario, abreviado, jurado, leves y menores; y 2 especiales: rápidos y aceptación de decreto),...lo que convierte a nuestro proceso –como se expondrá a continuación– en un instrumento poco eficaz y poco eficiente, con una configuración que favorece la lentitud en la justicia penal.

2. El tiempo y el proceso en el marco de la discusión garantías vs eficiencia

No cabe duda de que actualmente el proceso judicial se dirige hacia la búsqueda de la eficiencia. Así pues, en estos últimos años hemos asistido a la trilogía de anteproyectos de eficiencia, esto es, Anteproyecto de Ley de eficiencia organizativa, Anteproyecto de Ley de eficiencia digital y Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal, que han cristalizado –en algunos casos parcialmente– en el RD 6/2023 y la reciente LO 1/2025 de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Sobre la eficiencia, es evidente que “va de suyo”, es decir, cualquier reforma debe perseguir su aplicación empleando los menores recursos posibles, pero el “ahorro” como eje, “motto” o lema de las reformas procesales resulta, sin duda, preocupante, como seguro lo sería cualquier reforma que proclamase la eficiencia en la sanidad o eficiencia en la educación.

³ Vid. detenidamente la exposición de motivos de la LECrim de 1882. España, *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Boletín Oficial del Estado, 17 de septiembre de 1882, exposición de motivos.

⁴ Es cierto que, aunque la LECrim permaneciese vigente, durante la dictadura franquista no se aplicaban las disposiciones relativas al derecho de defensa, juez imparcial, presunción de inocencia, etc. y los imputados se encontraban en una situación de indefensión prácticamente absoluta. Vid. Francisco Muñoz Conde, “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, *Revista Penal*, n.º 22 (2008): 70.

⁵ Entre otras, la LO 6/1984 de Habeas Corpus, la Ley 38/2002 de juicios rápidos, LO 13/2003 en materia de prisión preventiva, LO 9/2007 reguladora de las bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, etc.

⁶ José Vicente Gimeno Sendra, “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España”, *Anuario de Derecho Penal*, (2004): 333.

⁷ La comisión contaba con un amplio grupo de expertos pertenecientes a la universidad, a la judicatura y a la fiscalía. Vid. las Memorias de la Comisión de Codificación del año 2005 y 2006, disponibles en los siguientes enlaces: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292427518738-Memorias_deLano_2005.PDF y https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292427518753-Memorias_deLano_2006.PDF.

⁸ El Anteproyecto de 2011 está disponible en el siguiente enlace: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/220711-enlacecriminal.aspx>.

⁹ La propuesta de CPP fue presentada al Ministro de Justicia el 25 de febrero de 2013. El texto se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Justicia: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF.

¹⁰ Para mayor información, se puede consultar el anteproyecto en el siguiente enlace: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.

¹¹ Así se desprende, al menos, de la información ofrecida desde el Gobierno. La Moncloa, “Bolaños sitúa las reformas de las Carreras Judicial y Fiscal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como prioridades de la segunda parte de la legislatura”, *La Moncloa*, 27 de febrero de 2025, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/paginas/2025/270225-bolanos-comision-justicia-congreso.aspx>.

Pero dejando a un lado la crítica, y centrándonos en el objeto de este trabajo, cuando se aborda el tema “tiempo y proceso” se suelen emplear términos como “aceleración”, “agilización”, “simplificación”, e incluso “contracción” de la justicia penal. Así pues, a priori parece que hacer el proceso más rápido o ágil es únicamente una cuestión de “eficiencia”.

Sin embargo, no hay que perder de vista que ello forma parte del contenido esencial del derecho fundamental del investigado a tener un proceso “sin dilaciones indebidas” (art. 24.2 CE) o, con terminología del art. 6.1 CEDH, que se desarrolle “dentro de un plazo razonable”. Por tanto, no es una estricta cuestión de eficiencia sino de garantías constitucionales.

Es más, en los tiempos que corren, en los que desgraciadamente el proceso tiende a verse como una derrota (ese “*stigma of prosecution*” que dirían los norteamericanos), reclamar la importancia del proceso y su consideración como garantía deviene indispensable. Y ante la sociedad de la información en la que estamos inmersos, con esa búsqueda de la inmediatez que resulta apabullante, la cuestión resulta más profunda, pues el sometimiento al proceso penal, si es excesivo o no es razonable, como sostiene Barja de Quiroga, afecta a la dignidad de la persona¹², también de la persona jurídica, en su vertiente reputacional.

Así pues, en atención al art. 24.2 CE, al art. 6.1 CEDH e incluso, en otros ordenamientos como el estadounidense, donde la VI enmienda reconoce el *Right to Speedy trial* o que se juzgue su causa con prontitud, el proceso debe acontecer sin dilaciones indebidas¹³. ¿Y qué se entiende por un proceso sin dilaciones indebidas? Sobre ello, tal y como afirma el Tribunal Supremo:

La dilación indebida es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable.¹⁴

En este sentido, para valorar la razonabilidad (o no) del retraso o dilación, cabe traer a colación una serie de factores recogidos en las sentencias del TC y del TEDH, a saber: la complejidad de la causa, la naturaleza del objeto procesal, la actitud del investigado o las consecuencias de la dilación para el afectado. Y respecto del proceso penal, concretamente se debe atender “al perjuicio personal y procesal que la dilación pueda ocasionar al sospechoso, tanto en su libertad personal, como en su reputación o en el efectivo ejercicio de su derecho de defensa” (STC 178/2007 de 23 de julio)¹⁵.

Y lo que sí debe quedar meridianamente claro, tal y como afirmó el TEDH en el asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España*, de 7 de julio de 1989, es que el carácter estructural de las dilaciones no puede privar a los ciudadanos de su derecho al respeto del plazo razonable; porque, como también afirma este tribunal en el caso *Lenaerts c. Bélgica*, de 11 de marzo de 2004, el art. 6.1 del CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable.

¹² Jacobo Barja De Quiroga, “La duración de la instrucción”, *El Notario del S. XXI*, n.º 7 (2006).

¹³ Si bien no se nos escapa que en una justicia penal negociada como la de los EE. UU. más del noventa por ciento de las causas terminan con un acuerdo entre la fiscalía y la defensa

¹⁴ España Tribunal Supremo, sala segunda de lo penal, *Sentencia 400/2017*, Boletín Oficial del Estado, 1 de junio de 2017, <http://vlex.es/vid/692314693>.

¹⁵ España Tribunal Constitucional, *Sentencia 178/2007, de 23 de julio de 2007. Recurso de amparo 1362-2007. Promovido por Azúa, Compañía de Gestión, S. L., respecto de la tramitación de un juicio ordinario por el Juzgado de Primera Instancia núm. 72 de Madrid por repercusión de gastos de obras sobre el arrendatario. Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: demora de más de veintiún meses para dictar sentencia en litigio civil*, Boletín Oficial del Estado 200, 21 de agosto de 2007, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-15673. Para un análisis más detallado de los problemas que plantean las dilaciones indebidas vid., por todos, Sabela Oubiña Barbolla, “Dilaciones indebidas”, *EUNOMIA. Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 10 (2016): 250-264.

Por lo anteriormente expuesto, el Estado no puede ampararse en una sobrecarga de trabajo o en la sistémica lentitud de la justicia penal como patente de corso para que las resoluciones judiciales puedan demorarse, sino al contrario, tiene la obligación de poner los medios necesarios para que la justicia acontezca en un plazo prudencial o razonable.

3. Problemas que provoca la lentitud de la justicia penal

Es evidente, por tanto, que la lentitud de la justicia tiene consecuencias para los que intervienen en el proceso como para los mismos fines del proceso penal. Por ello, vamos a ver algunos de los problemas que plantea la lentitud de la justicia penal para el Estado, la víctima y el investigado.

3.1. Para el Estado

Comenzando por los problemas para el Estado, tanto en la aplicación del *ius puniendi* como en la expectativa social o interés público en la imposición de penas al delincuente, la lentitud de la justicia provoca, entre otros, los siguientes problemas:

- a. Genera desconfianza en la justicia: la confianza de la ciudadanía en la Administración de Justicia se ve afectada por la tardanza en la resolución judicial dada además la lógica prohibición de que el ciudadano se tome la justicia por su mano, esto es, la autotutela, porque la justicia se administra por jueces y magistrados, en atención al art. 117 CE al principio de exclusividad jurisdiccional. Del mismo modo, la demora en la respuesta penal puede provocar los temidos juicios paralelos, que no afectan solamente al investigado, sino también a la convivencia y, por ende, a la sociedad. Debiera ser un deber del Estado evitar que se produjesen aplicando la ley penal en un plazo razonable.
- b. Debilita las funciones del Derecho penal: no solo desde un punto de vista social, sino también material. El retardo en la respuesta judicial supone del mismo modo el retraso en la aplicación de la ley penal y debilita las funciones preventivas, retributivas y resocializadoras de la pena.
- c. Afecta al proceso y a la calidad de las pruebas: el transcurso del tiempo es un gran enemigo del proceso en tanto afecta lógicamente a la calidad de las pruebas. P.ej. una testifical que no se practica con prontitud pierde su fiabilidad; un objeto que no se inspecciona con prontitud, puede deformarse, etc.
- d. Puede conllevar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: asimismo, el transcurso del tiempo puede generar la responsabilidad de la Administración, tanto por errores judiciales como, principalmente, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia a causa de las dilaciones indebidas que, como sostiene el TC en su reciente STC 135/2024 de 4 de noviembre, cuya interposición será una acción pertinente y útil, incluso, sin necesidad de plantear un recurso de amparo.

3.2. Para la víctima

Tal y como reza la famosa frase atribuida a Séneca “la justicia lenta no es justicia”. En efecto, la lentitud de la justicia penal supone un grave perjuicio para la víctima que ansía una pronta respuesta del sistema judicial. Seguidamente, se exponen algunos de los principales problemas.

- a. Frustración por el desinterés en relación con la ofensa sufrida: la víctima observa impasible como el Estado no se interesa, de un lado en impartir justicia y aplicar el *ius puniendi* frente a su victimario y, de otro, tampoco se preocupe en que sea reparada con prontitud.

- b. Victimización secundaria: como sugiere González-Cuéllar, cabe distinguir victimización secundaria "activa", esto es, la que le supone a la víctima esforzarse en colaborar con la Administración de Justicia –p.ej. ofreciendo reiterados testimonios o incluso encontrándose con el victimario– de la que victimización secundaria "pasiva", que es la que acontece en este escenario y basada en el daño que causa que el sistema legal no funcione o que funcione con lentitud. El Estado falla dos veces: primero, en la protección de sus derechos, y, después, en la aplicación de la respuesta judicial al delito¹⁶.
- c. Retraso en su reparación material por la acción civil derivada del hecho delictivo: como señala Banacloche Palao, no hay que olvidar ex art. 114 LECrim, que la acción civil derivada del hecho delictivo solo puede ser ejercitada una vez que finalice el proceso penal (en el propio proceso penal o en uno civil posterior) y, sobre todo en determinados delitos de naturaleza económica, la obtención de una reparación de tal naturaleza es prácticamente lo único que puede satisfacer mínimamente a la víctima¹⁷.

3.3. Para el investigado

Por último, y quizás más importante –porque es quien sufre en sus carnes la lentitud del proceso (o en sus "ficticias carnes jurídicas" si hablamos de empresas)–, el investigado es el principal afectado por la lentitud de la justicia penal. Entre los principales daños, podemos destacar los que, a continuación, se relacionan.

- a. Daño psicológico: El principal problema que genera al investigado el estar sometido al proceso es la situación de incertidumbre y de desesperanza que se va acrecentando a medida que éste avanza sin resultados y que además puede afectar –y de hecho afecta– a la salud. Así las cosas, es habitual que el investigado sufra estrés, ansiedad, depresión e incluso, si padece problemas cardíacos, puede aumentar el riesgo de sufrir un infarto¹⁸.
- b. Daño económico y reputacional: la imputación, que debiera ser percibida como una garantía para el ejercicio del derecho de defensa, desgraciadamente es concebida por la sociedad como una suerte de anticipación de la pena que afecta al prestigio profesional y reputacional del investigado, lo que suele traducirse también en una afectación patrimonial e incluso moral para sus familiares y, en su caso, trabajadores. Ello resulta particularmente grave cuando hablamos de empresas –y más si están sometidas a los mercados– donde la imputación puede generar cuantiosas pérdidas económicas y potenciales oportunidades de negocio. Así pues, la imputación en España de una multinacional puede causarle graves perjuicios en otras jurisdiccionales, como EE. UU. o Australia, entre otras.
- c. Afecta al derecho de defensa: el transcurso del tiempo afecta al derecho de defensa, pues la temida pena de banquillo o el *stigma of prosecution* aboca a la búsqueda de conformidades para salir cuanto antes del proceso penal. De acuerdo con Lascurain Sánchez y Gascón Inchausti, puede ser razonable eliminar la incertidumbre y el riesgo por muy injusta que pueda resultar la conformidad para quien se sabe o se cree inocente¹⁹.

¹⁶ Manuel Marchena Gómez y Nicolás González-Cuéllar Serrano, *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en 2015* (Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015), 39.

¹⁷ Julio Banacloche Palao, "El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate", *Diario La Ley*, n.º 9617 (2020): 8.

¹⁸ El estrés que supone estar sometido al proceso puede convertirse en un factor secundario desencadenante del infarto o evento agudo concreto, siempre y cuando el investigado tenga cierta tendencia a sufrirlos. Sobre ello, vid. Ainhoa Iriberrí, "Rita Barberá tenía todas las papeletas para sufrir un infarto", *Diario El Español*, 23 de noviembre de 2016, https://www.elespanol.com/ciencia/salud/20161123/172982836_0.html.

¹⁹ Juan Antonio Lascurain Sánchez y Fernando Gascón Inchausti, "¿Por qué se conforman los inocentes?", *InDret*, n.º 3 (2018): 14.

- d. Inutilidad de la pena: no solo desde la perspectiva del Estado –a la que ya nos hemos referido–, sino también para el propio investigado, al recibir una pena después de transcurrido mucho tiempo desde la comisión del delito, cuando quizá ya ha superado las circunstancias que le llevaron en su momento a delinquir²⁰.
- e. Especial gravedad en los supuestos de prisión provisional: el paso del tiempo es especialmente grave en casos de prisión provisional (medida cautelar personal de la que frecuentemente se abusa) que, a pesar de estar sometida a plazos máximos de duración ex art. 17.4 CE y 504 LECrim, no debieran agotarse –como sucede en muchos casos–, sino durar el tiempo estrictamente imprescindible²¹.

4. Las principales causas de su lentitud

4.1. ¿Es la justicia penal lenta? La percepción ciudadana y la realidad

Una vez analizados los problemas o los males, seguidamente se expondrán cuáles son las principales causas de la lentitud de la justicia penal. En primer lugar, conviene detenerse en el análisis de la realidad, es decir, corroborar si es tan lenta como automáticamente se infiere o, mejor dicho, tan lenta como la ciudadanía percibe. Aunque no tenemos datos concretos en relación con la percepción ciudadana de la lentitud (o no) de la justicia penal, sí contamos con datos sobre la lentitud de la justicia en su conjunto y, a este respecto, tres de cada 4 ciudadanos entienden que la justicia "es tan lenta que siempre que se pueda más vale evitar acudir a ella"²².

Pero más allá de la percepción ciudadana, podemos afirmar que, en términos generales, nuestro proceso penal no es lento, ni en comparación con los países de nuestro entorno ni tampoco en comparación con otros órdenes jurisdiccionales. En el informe CEPEJ, no salimos del todo mal parados y, a nivel nacional, las estadísticas arrojan una duración media de 3,6 meses –el penal es el orden jurisdiccional más rápido–.

Ahora bien, no podemos valorarlo en términos generales porque, a nivel comunitario, en lo que respecta al informe CEPEJ, no solo faltan datos o la comparativa es pobre (Francia o Alemania, que son países que solemos tener muy en cuenta en las comparativas, no contestan), sino que los datos aportados cuentan con importantes matices nacionales que hace que sea difícil trazar paralelismos y establecer una comparativa realista²³.

Por otro lado, a nivel interno, hay que tener presente para descartar la relevancia de las estadísticas que nuestros procedimientos penales son muy dispares. Si analizamos los datos respecto de los juicios rápidos, el promedio de su duración es de 1,2 meses, mientras que solo la instrucción de un abreviado es de 8,6 y de un sumario es de 9,5. Y todo ello solamente en fase de instrucción. Si, además, sumamos la duración del juicio, en los supuestos más graves que acontecen ante la Audiencia Provincial y los abreviados –que de abreviado solo tienen el nombre– duran una media de 11,6 meses y, los sumarios, de 15,3 meses. Es más, un abreviado ante la Sala de lo Penal de la AN, alcanza la media de 16,3 meses. Y todo esto en primera instancia,

²⁰ Julio Banacloche Palao, "El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate", 2.

²¹ Manuel Marchena Gómez y Nicolás González-Cuéllar Serrano, *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, 38.

²² Vid. Poder Judicial España, "Sondeo de opinión: La imagen de la Justicia entre usuarios de sus servicios. Febrero 2023 (Metroscofia)", *Poder Judicial España*, 6 de febrero de 2023, bit.ly/4nbs2Hl.

²³ Vid. Council of Europe, *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2024 Evaluation cycle (2022 data)* (Estambul: Council of Europe, 2024), 128, <https://rm.coe.int/cepej-evaluation-report-2024-general-analyses/1680b1e91d>. Huelga decir que el informe CEPEJ no hace referencia solo y exclusivamente a países de la UE, sino del Consejo de Europa, donde encontramos sistemas jurídicos tan distintos como el de Azerbaiyán, Georgia o Moldavia, entre otros.

sin añadir la fase de recursos²⁴.

En conclusión, podemos afirmar que nuestra justicia penal no siempre es lenta, pero, desgraciadamente, sí lo es en los casos más graves.

4.2 Algunas causas de lentitud de nuestra justicia

Resulta complejo identificar todas las causas de la lentitud de la justicia, si bien podemos destacar algunas de ellas:

- a. Sobrecarga de trabajo y falta de medios personales/materiales: como es sabido, el trabajo de los jueces se mide por un sistema de módulos de entrada de asuntos establecido en la Orden JUS/1415/2018 de 28 de diciembre²⁵. Existe preocupación en la judicatura porque los jueces y magistrados, como regla general, cumplen con cargas de trabajo superiores al 100%, no siendo extraño que algunos lleguen al 200%, 250% e incluso, al 320%. Lógicamente, si cuentan con jornadas netas de más de 50 horas, no resulta extraño que se dilaten los procedimientos²⁶.
- b. Desorganización y burocracia excesiva: sobre ello, basta un ejemplo. Según la Memoria de la FGE 2024, en los juzgados de lo penal, como media nacional, se suspendieron el 42,6 % de los señalamientos y el 36,3% de los señalamientos de las audiencias provinciales. De acuerdo con la Fiscalía:

[...] ha de reiterarse el efecto negativo del elevado índice de suspensiones, en la medida que perturba la organización de las fiscalías y órganos judiciales, genera una elevada y justificada insatisfacción y molestias a la ciudadanía, y se traduce en una respuesta penal negativa frente a los hechos delictivos a consecuencia del debilitamiento de los medios de prueba y la apreciación generalizada de la atenuante por dilaciones indebidas.²⁷

Veremos también los efectos que tiene la conversión de los juzgados en secciones de tribunales de instancia, en cumplimiento de la LO 1/2025.

- c. Deficiencias e ineficacia de la legislación sustantiva y procesal: en tercer lugar, de acuerdo con autorizada doctrina, cabe apuntar a una criminalización excesiva de conductas²⁸ y a una regulación procesal incoherente, rígida e ineficaz (piénsese p.ej. que en la práctica forense el abreviado es, de facto, el proceso penal tipo en detrimento del sumario ordinario).

5. Posibles soluciones y propuestas de *lege ferenda*

Una vez expuestas algunas de las principales causas de la justicia penal, se expondrán, en

24 España Consejo General del Poder Judicial, "Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales", *Consejo General del Poder Judicial*, accedido 25 de marzo de 2025, bit.ly/485YjLL

25 Vid. España Ministerio de Justicia, *Orden JUS/1415/2018, de 28 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia para la determinación del sistema de medición de la carga de trabajo de los órganos judiciales*, Boletín Oficial del Estado 314, 29 de diciembre de 2018, BOE-A-2018-17994. Para mayor información sobre ello, vid. Antonio Rodríguez Castilla, "Las cargas de trabajo en la carrera judicial", *Blog Hay Derecho*, 11 de marzo de 2018, https://www.hayderecho.com/2018/03/11/las-cargas-trabajo-la-carrera-judicial/.

26 Véase Jorge Velasco, "El juez que dijo basta por la sobrecarga en los tribunales: "Si no hay tiempo para estudiar el caso, sacas la sentencia y ya está"", *El País*, 05 de febrero de 2024, https://cincodias.elpais.com/legal/2024/02/02/juridico/1706882578_552612.html.

27 España Fiscalía General del Estado, "Memoria de la FGE 2024", *Fiscalía General del Estado*, accedido 25 de marzo de 2025, https://www.fiscales/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/index.html.

28 Julio Banacloche Palao, "El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate", 1. Sin ir más lejos, piénsese por ejemplo en los delitos contra el honor, bien jurídico que también se protege civilmente mediante la LO 1/1982

consonancia, sus posibles soluciones:

- 5.1. Aumento de plazas: para combatir la sobrecarga de trabajo, existe consenso tanto en la judicatura como en el propio Ministerio de que hacen falta más jueces. El CGPJ reclama que, de aquí a 2030, habría que ofertar unas 320 plazas anuales²⁹. Sobre ello el Gobierno ha presentado este año un Anteproyecto de Ley Orgánica para el fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal que, con elementos positivos –p.ej. el aumento del número de becas– plantea algunas sombras. De un lado, contempla que una de cada cuatro plazas no sea por oposición sino por cuarto turno, convocando 300 plazas por oposición libre y otras 100 de magistrado por concurso para juristas con más de 10 años. Ello resulta un tanto anómalo, no solo porque implica desplazar un procedimiento objetivo y general – que resulta manifiestamente mejorable, todo sea dicho– por otro más discrecional y excepcional, sino porque el cuarto turno no está concebido para que una de cada cuatro nuevas plazas sea para juristas, sino para que éstos cubran una de cada cuatro vacantes en la categoría de magistrado. No es lo mismo. Por otro lado, una estabilización masiva de jueces sustitutos mediante concurso-oposición, tampoco garantiza una evaluación objetiva y rigurosa de los conocimientos jurídicos necesarios para el desempeño de la judicatura³⁰. Por tanto, estamos de acuerdo en la necesidad de dotar de más plazas a la judicatura y también entendemos que el sistema de acceso actual puede ser revisado y mejorado, pero, ahora bien, una reforma de este calado debiera realizarse con un amplio consenso y, desde luego, no puede hacerse de espaldas a la carrera judicial.
- 5.2. Digitalización e I.A: para enfrentarnos a la excesiva desorganización y burocratización del proceso, no cabe duda, como sostiene Planchadell Gargallo, que las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) son, en los tiempos actuales, claves para garantizar una justicia más rápida, eficaz y de calidad, racionalizando los recursos, humanos y materiales. Sin embargo, como apunta la referida autora, el RD 6/2023, solo reformó ocho artículos de nuestra LECrim³¹. No obstante lo anterior, entendemos que debemos ir más allá y avanzar desde las TICs hacia el uso de la inteligencia artificial en la justicia penal, ahora bien, siempre y cuando partamos del escrupuloso cumplimiento de unas premisas básicas: i) respeto al art. 117.3 CE y al principio de exclusividad jurisdiccional (I.A siempre asistencial, nunca sustitutoria, siguiendo la máxima "*Human in command*"); ii) pública y accesible (no sólo para el justiciable, también para el ciudadano); iii) evaluación y revisión independiente de la I.A; iv) con un importante papel del M.F como revisor del funcionamiento de la IA en el proceso (como guardián y garante del buen uso de la I.A en tanto parte imparcial en el proceso que debe velar por los derechos de los ciudadanos); v) formación e información para los jueces y operadores jurídicos (tal y como, p.ej. realizamos en el Máster en función jurisdiccional de la UNED mediante la impartición de sesiones sobre *Blockchain* e I.A. a los jueces en la Escuela Judicial) y vi) una mayor pedagogía e información hacia la sociedad (pues partimos de una tecnología desconocida, lo que provoca desconfianza y debemos ser muy escrupulosos, claros y pedagógicos a la hora de explicar tanto los beneficios como, en definitiva, el funcionamiento, de la aplicación de esta tecnología en la administración

29 Así lo manifestó en 2024 su presidente D. Vicente Guilarte. Comunicación Poder Judicial, "El presidente del CGPJ reclama un pacto global para recomponer las relaciones entre el poder político y el Poder Judicial", *Consejo General del Poder Judicial*, 13 de mayo de 2024, https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/El-presidente-del-CGPJ-reclama-un-pacto-global-para-recomponer-las-relaciones-entre-el-poder-politico-y-el-Poder-Judicial.

30 Así lo manifiesta el propio CGPJ en su informe al Proyecto de LO referenciado. Diario La Ley, "Informe del CGPJ avisa: La falta de rigor en las pruebas a jueces sustitutos puede socavar la independencia judicial", *Diario La Ley*, 18 de marzo de 2025, https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/03/20/informe-del-cgpj-avisa-la-falta-de-rigor-en-las-pruebas-a-jueces-sustitutos-puede-socavar-la-independencia-judicial.

31 Andrea Planchadell Gargallo, "Breves apuntes sobre digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 2 (2024): 3-4.

de justicia)³². Sentado lo anterior, la IA puede ayudar al juez tanto en la rápida extracción de información y en la agilización del estudio de la causa, como generando propuestas de resoluciones sobre distintos temas que, por su naturaleza, permitan una objetivación de parámetros (p.ej. la determinación de medidas cautelares patrimoniales). Asimismo, se discute por la doctrina su aplicación para decisiones más trascendentes como la prisión provisional³³. Sobre ello, aunque lógicamente debe decidirse de modo individualizado y atendiendo a las circunstancias concretas del caso, intentar objetivar y "algoritmizar" determinados parámetros puede operar a favor del imputado³⁴. Por ello, siempre de un modo asistencial, la IA puede ayudar al juez a tomar decisiones, más rápidamente y que descansen en una base algo más objetiva que lo que sucede en la actualidad.

5.3. Reformas procesales: y, por supuesto, es necesario realizar reformas en nuestro decimonónico proceso penal, entre las que cabe destacar las que seguidamente se relacionan:

- a. Mejora del sistema de plazos de instrucción: el texto original de la LECrim de 1882 señalaba en su art. 324 que el plazo para la terminación del sumario era de un mes. Se trataba de un plazo que, de facto, jamás se cumplía, por lo que el legislador en el año 2015 introdujo unos plazos más realistas modificando el art. 324 y estableciendo un plazo de 6 meses prorrogables que, a su vez, fue modificado en 2020, sustituyéndolo por otro de 12 meses prorrogables. El problema de la reforma de 2015 es que resultaba incoherente con nuestro modelo de juez instructor, pues residía en el M.F. la carga de solicitar la prórroga y, el problema de la reforma de 2020 es que el juez instructor sigue siendo amo y señor de los plazos, pues puede, de oficio, seguir alargando la causa. Por tanto, "que cambie todo para que nada cambie", de acuerdo con la famosa cita de el Gatopardo. Resulta sorprendente, asimismo, que existan voces que entienden que el establecimiento de plazos genera impunidad. Sobre ello, basta señalar únicamente que los países de nuestro entorno cuentan con plazos, p.ej. Italia, según la gravedad del delito, de 6 meses a un año, prorrogable en algunos casos por el juez a instancia del M.F, en el peor de los casos máximo 24 meses, art. 405.2 CPP; o Francia, que también los contempla en su art. 175-2 CPP. Por consiguiente, coincidimos absolutamente con Banacloche Palao en que los plazos son necesarios para equilibrar la posición de la Fiscalía y el investigado y que, además, con una configuración legal adecuada, pueden ayudar en la sustitución de instrucciones "expedicionarias" por otras más concretas, específicas y programadas. Es, por tanto, necesario compatibilizar un plazo de investigación suficiente con un plazo de duración razonable³⁵.

- b. Ampliación del principio de oportunidad: tímidamente incorporada en el art. 963.1 LECrim, debiera consolidarse y ampliarse a otros supuestos, como p.ej. la posibilidad de alcanzar acuerdos en la justicia penal de las personas jurídicas³⁶. En el Derecho comparado, se puede observar un importante auge del principio de oportunidad reglado frente al principio de legalidad en el proceso penal. Italia, por ejemplo, instauró a finales de los ochenta el llamado "*patteggiamento*" –que a la postre inspiró nuestra conformidad "premiada"–, y consiste en que el Juez, tras acordarlo con el Ministerio Fiscal, puede aplicar alguna pena sustitutiva de la privación de libertad cuando el imputado que no ha reincidido en su conducta lo solicite³⁷. En Alemania, es posible sobreseer por razones de oportunidad determinados delitos, con base en la falta de interés público, así como, en supuestos concretos, cuando existan acuerdos compensatorios entre el autor y la víctima³⁸. Todavía más común es el uso de la oportunidad en países pertenecientes al sistema anglosajón, en Estados Unidos, por ejemplo, a través de los "*probationary agreements*" o incluso los "*plea bargain*"³⁹. En cuanto a la conformidad, como manifestación de la oportunidad, ha sufrido una modificación de calado en la LO 1/2025, suprimiendo el límite penológico de seis años existente hasta la fecha. Del mismo modo, esta ley establece en su DA 9º la posibilidad de remisión a las partes a un proceso restaurativo. Sin embargo, entendemos que para que la justicia restaurativa tenga virtualidad práctica deviene indispensable que venga acompañada de una dotación económica suficiente capaz de equilibrar y mitigar las diferencias –y desigualdades– existentes entre las distintas Comunidades Autónomas. Como contundentemente indica Ollero Perán, "los derechos de las víctimas no pueden depender de su código postal"⁴⁰.
- c. Reforma de la acción popular: como es sabido, el art. 125 de nuestra Constitución consagra la acción popular, que cuenta con un innegable arraigo en nuestra historia jurídica⁴¹. No es menos cierto, sin embargo, que en los últimos años ha sido fuertemente cuestionada por su utilización de modo espurio, torticero y abusivo. En cuanto al futuro de la institución y su encaje en la justicia penal, el debate siempre ha estado abierto, pues es una institución que la doctrina se ha mostrado abierta a revisarla⁴². Más allá de su reconocimiento constitucional y de que, como sostiene ARMENTA DEU "cualquier propuesta de reforma debe partir ineludiblemente de su imposible erradicación"⁴³, particularmente nos adherimos a su limitación o modulación, de acuerdo, en mayor o menor medida, con los textos de reforma global de LECrim de la última década (ALECrim 2011, PCPP 2013 y ALECrim 2020). Así pues, que se trate de una institución histórica no es un motivo suficiente para mantenerla incólume y el debate sobre el alcance de la participación ciudadana en el ejercicio de la acción penal popular es sano y necesario. Y una reforma que debiera acontecer urgentemente, y en la que

³² Sobre la aplicación de la IA en la justicia penal, nos hemos pronunciado con mayor amplitud en Jordi Gimeno Bevià, "Instrumentos actuales de policía y justicia predictiva en el proceso penal español: análisis crítico y reflexiones de lege ferenda ante aplicaciones futuras", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 44 (2023).

³³ Ana María Neira Pena, "Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 7, n.º 3 (2021): 1927.

³⁴ Sirva como ejemplo, aunque ya en sede de ejecución penitenciaria, lo que sucede en Cataluña con la herramienta RisCanvi que, desde que se utiliza, se conceden más permisos penitenciarios que antes. Jordi Gimeno Bevià, "Instrumentos actuales de policía y justicia predictiva en el proceso penal español: análisis crítico y reflexiones de lege ferenda ante aplicaciones futuras", 10.

³⁵ Julio Banacloche Palao, "El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate", 10. En su interesante trabajo, el autor propone, de *lege ferenda*, una modificación del 324 que combina algunos elementos positivos –y desgraciadamente desechados– de la reforma de 2015, como el mantenimiento de la distinción entre las causas sencillas y complejas con otras de propio cuño como la conformidad privilegiada para que solo se admitiera al inicio de la instrucción.

³⁶ Así lo venimos defendiendo desde hace más de una década. Vid. recientemente Jordi Gimeno Bevià, "La posibilidad y conveniencia de sobreseer el proceso penal frente a la persona jurídica mediante un compliance eficaz. Se hace camino al andar", *La Ley Compliance Penal*, n.º 15 (2023).

³⁷ Véase Italia, *Código di Procedura Penale*, Federal Gazette - Bundesanzeiger, 24 de octubre de 1988, art. 444.

³⁸ Véase Alemania, *Strafprozessordnung*, Gazzetta Ufficiale, 12 de septiembre de 1950, art. 153 y 154. Para un análisis más exhaustivo del principio de oportunidad en Alemania, puede verse, en español, el interesante trabajo del Prof. Juan Luis Gómez Colomer, "La fiscalía alemana: temas relevantes de su organización y funciones", *Diario La Ley*, (2021).

³⁹ Véase United States Supreme Court, "Federal Rules of Criminal Procedure", *U.S. Government Publishing Office*, 2005, rule 11, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2025-02/federal-rules-of-criminal-procedure-dec-1-2024_0.pdf.

⁴⁰ Jorge Ollero Perán, "Apuntes sobre la importancia de la primera regulación procesal de la justicia restaurativa en España", *Diario La Ley*, (2025).

⁴¹ Referencia sobre la acción popular, sin duda, el trabajo de Julio Pérez Gil, *La acusación popular* (Granada: Comares, 1998).

⁴² Entre otros, Jordi Nieva Fenoll, *Derecho Procesal III* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2025), 135 y ss; o Gonzalo Quintero Olivares, "La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37 (2015).

⁴³ Ma. Teresa Armenta Deu, *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación* (Madrid: Marcial Pons, 2023), 266.

parece existir consenso, consiste en vedar su ejercicio a los partidos políticos para mitigar la judicialización de la política que desgraciadamente acontece en nuestro país⁴⁴. Ahora bien, recientemente se ha presentado la "Proposición de Ley Orgánica de garantía y protección de los derechos fundamentales frente al acoso derivado de las acciones judiciales abusivas", que pretende no solo una drástica reducción subjetiva y objetiva de la figura, sino que modifica sustancialmente su régimen de participación en proceso, quedando relegada a la formulación de la querella y a su entrada en la fase de juicio oral, no pudiendo instar a la práctica de ninguna diligencia. Ello supone, como ya advirtió Gimeno Sendra, laminar esta institución, entregando el monopolio de la acción penal al M.F y quebrando su propia naturaleza y fundamento⁴⁵. Además, resulta cuando menos poco decoroso el régimen transitorio aplicable establecido en la Disposición Transitoria Única, pues supone la aplicación de estas restricciones a procedimientos en curso, estando afectadas personas vinculadas personalmente al ejecutivo. Entendemos, pues, que el ruido político no es nunca buen compañero de las reformas procesales –sobre todo las penales– y, volviendo sobre su reconocimiento constitucional en el art. 125, cualquier reforma de la acción popular debiera contar con un amplio consenso parlamentario para llevarla a cabo.

6. Conclusión

Las soluciones frente a la lentitud expuestas *supra*, aunque pudieran ayudar a agilizar la justicia penal, no dejarían de resultar otro parche más en nuestra vetusta LECrim, ahondando en la incoherencia que implican reformas procesales para enfrentar los retos de la actual sociedad de la información con el espíritu del texto original que impulsó Alonso Martínez dos siglos atrás. Por ello, más allá de estas reformas, es urgente avanzar hacia una nueva LECrim del S. XXI o Código Procesal Penal de la democracia, no importa la denominación, siguiendo la estela del camino que emprendieron los países de nuestro entorno a finales del siglo pasado. Aunque vayamos con un retraso injustificable, contamos con valiosos textos pre-legislativos que coinciden en lo sustancial (ALECrim 2011, PCPP 2013, ALECrim 2020), pero, con independencia de la apuesta por uno u otro –o incluso uno nuevo–, deviene imprescindible que nuestra futura ley procesal penal cuente con un sólido consenso, tal y como aconteció con la LEC e incluso con algunas importantes reformas del proceso penal como la Ley 38/2002 de juicios rápidos, auspiciadas por el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, del año 2001⁴⁶. Solo con los mimbres del consenso y el acuerdo, de los que ahora desgraciadamente carecemos, puede alcanzarse una justicia penal que no se convierta en un arma arrojadiza ni sea instrumentalizada en pos de intereses partidistas y que, con respeto a las conquistas alcanzadas en nuestro sistema de garantías constitucionales, logremos –por fin– un proceso penal eficaz y eficiente, en tiempo y forma.

⁴⁴ Sobre ello, vid. Jordi Gimeno Bevia, "El cuestionable ejercicio de la acción popular por los partidos políticos", en *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal*, dir. Ana Sánchez Rubio (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024).

⁴⁵ José Vicente Gimeno Sendra, *La simplificación de la justicia penal y civil* (España: BOE, 2020), 59.

⁴⁶ Sobre la génesis y las líneas generales de la referida reforma, vid. Fernando Gascón Inchausti, "La reforma del proceso penal español por Ley Orgánica 8/2002 y por Ley 38/2002 de 24 de octubre: juicios rápidos y un nuevo juicio de faltas", *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, n.º 3 (2004): 193 y ss.

Bibliografía

Alemania. *Strafprozessordnung*. Gazzetta Ufficiale, 12 de septiembre de 1950.

Armenta Deu, Ma. Teresa. *Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación*. Madrid: Marcial Pons, 2023.

Banacloche Palao, Julio. "El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate". *Diario La Ley*, n.º 9617 (2020).

Barja De Quiroga, Jacobo. "La duración de la instrucción". *El Notario del S. XXI*, n.º 7 (2006).

Comunicación Poder Judicial. "El presidente del CGPJ reclama un pacto global para recomponer las relaciones entre el poder político y el Poder Judicial". *Consejo General del Poder Judicial*. 13 de mayo de 2024. bit.ly/4ndm7kYl

Consejo General del Poder Judicial. "Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales". *Consejo General del Poder Judicial*. Accedido 25 de marzo de 2025. bit.ly/4ptBHdA.

Council of Europe. *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2024 Evaluation cycle (2022 data)*. Estambul: Council of Europe, 2024. <https://rm.coe.int/cepej-evaluation-report-2024-general-analyses/1680b1e91d>.

Diario La Ley. "Informe del CGPJ avisa: La falta de rigor en las pruebas a jueces sustitutos puede socavar la independencia judicial". *Diario La Ley*. 18 de marzo de 2025. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/03/20/informe-del-cgpj-avisa-la-falta-de-rigor-en-las-pruebas-a-jueces-sustitutos-puede-socavar-la-independencia-judicial>.

España Fiscalía General del Estado. "Memoria de la FGE 2024". *Fiscalía General del Estado*. Accedido 25 de marzo de 2025. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/index.html.

España Ministerio de Justicia. *Orden JUS/1415/2018, de 28 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia para la determinación del sistema de medición de la carga de trabajo de los órganos judiciales*. Boletín Oficial del Estado 314. 29 de diciembre de 2018. BOE-A-2018-17994.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia 178/2007, de 23 de julio de 2007. Recurso de amparo 1362-2007. Promovido por Azúa, Compañía de Gestión, S. L., respecto de la tramitación de un juicio ordinario por el Juzgado de Primera Instancia núm. 72 de Madrid por repercusión de gastos de obras sobre el arrendatario. Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: demora de más de veintiún meses para dictar sentencia en litigio civil*. Boletín Oficial del Estado 200. 21 de agosto de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-15673.

España Tribunal Supremo, sala segunda de lo penal. *Sentencia 400/2017*. Boletín Oficial del Estado. 1 de junio de 2017. <http://vlex.es/vid/692314693>.

España. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín Oficial del Estado. 17 de septiembre de 1882.

Gascón Inchausti, Fernando. "La reforma del proceso penal español por Ley Orgánica 8/2002 y por Ley 38/2002 de 24 de octubre: juicios rápidos y un nuevo juicio de faltas". *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, n.º 3 (2004).

Gimeno Beviá, Jordi. "Instrumentos actuales de policía y justicia predictiva en el proceso penal español: análisis crítico y reflexiones de lege ferenda ante aplicaciones futuras". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 44 (2023).

---. "La posibilidad y conveniencia de sobreseer el proceso penal frente a la persona jurídica mediante un compliance eficaz. Se hace camino al andar". *La Ley Compliance Penal*, n.º 15 (2023).

---. "El cuestionable ejercicio de la acción popular por los partidos políticos". En *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal*, dirigido por Ana Sánchez Rubio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

Gimeno Sendra, José Vicente. "La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España". *Anuario de Derecho Penal*, (2004).

Gimeno Sendra, José Vicente. *La simplificación de la justicia penal y civil*. España: BOE, 2020.

Gómez Colomer, Juan Luis. "La fiscalía alemana: temas relevantes de su organización y funciones". *Diario La Ley*, (2021).

Iriberry, Ainhoa. "Rita Barberá tenía todas las papeletas para sufrir un infarto". *Diario El Español*. 23 de noviembre de 2016. https://www.elespanol.com/ciencia/salud/20161123/172982836_0.html.

Italia. *Códice di Procedura Penale*. Federal Gazette - Bundesanzeiger, 24 de octubre de 1988.

La Moncloa. "Bolaños sitúa las reformas de las Carreras Judicial y Fiscal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como prioridades de la segunda parte de la legislatura". *La Moncloa*. 27 de febrero de 2025. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/paginas/2025/270225-bolanos-comision-justicia-congreso.aspx>.

Lascuráin Sánchez, Juan Antonio y Fernando Gascón Inchausti. "¿Por qué se conforman los inocentes?". *InDret*, n.º 3 (2018).

Marchena Gómez, Manuel y Nicolás González-Cuellar Serrano. *La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

Muñoz Conde, Francisco. "La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho". *Revista Penal*, n.º 22 (2008).

Neira Pena, Ana María. "Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 7, n.º 3 (2021): 1897-1933.

Nieva Fenoll, Jordi. *Derecho Procesal III*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.

Ollero Perán, Jorge. "Apuntes sobre la importancia de la primera regulación procesal de la justicia restaurativa en España". *Diario La Ley*, (2025).

Oubiña Barbolla, Sabela. "Dilaciones indebidas". *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 10 (2016): 250-264.

Pérez Gil, Julio. *La acusación popular*. Granada: Comares, 1998.

Planchadell Gargallo, Andrea. "Breves apuntes sobre digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 2 (2024).

Poder Judicial España. "Sondeo de opinión: La imagen de la Justicia entre usuarios de sus

servicios. Febrero 2023 (Metroscopia)". *Poder Judicial España*. 6 de febrero de 2023. <https://goo.su/Q8U2lo>.

Quintero Olivares, Gonzalo. "La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37 (2015).

Rodriguez Castilla, Antonio. "Las cargas de trabajo en la carrera judicial". *Blog Hay Derecho*. 11 de marzo de 2018. <https://www.hayderecho.com/2018/03/11/las-cargas-trabajo-la-carrera-judicial/>.

United States Supreme Court. "Federal Rules of Criminal Procedure". *U.S. Government Publishing Office*. 2005. https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2025-02/federal-rules-of-criminal-procedure-dec-1-2024_0.pdf.

Velasco, Jorge. "El juez que dijo basta por la sobrecarga en los tribunales: "Si no hay tiempo para estudiar el caso, sacas la sentencia y ya está"". *El País*. 05 de febrero de 2024. <https://cincodias.elpais.com/legal/2024/02/02/ju>



EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA¹

Coral Arangüena Fanego²

1. Introducción. El derecho al debido proceso en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos

El Convenio Europeo (CEDH) y la Convención Americana (CADH) consagran en sus artículos 6 y 8, respectivamente, el derecho a un proceso equitativo o proceso con todas las garantías cuya efectividad, además, se refuerza con la obligación del Estado de asegurar su protección eficaz mediante el derecho a un recurso efectivo (arts. 13 CEDH y 25 CADH).

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: garantías, cooperación transfronteriza y digitalización" (PID2023-152074NB-I00). Para su redacción se han tomado como referencias doctrinales fundamentales mis trabajos precedentes: "Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal" y "Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita", ambos en la obra colectiva codirigida por Javier García Roca, Pablo Santolaya y Miguel Pérez-Moneo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023), 259-280 y 447-467, respectivamente. Asimismo, "El derecho al debido proceso", con César Landa Arroyo y Eduardo Ferrer Mc.Gregor, en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, ed. Javier García Roca, Pablo Santolaya y Raúl Leopoldo Canosa (Madrid: Civitas, 2012), 311-349.

² Catedrática de Derecho procesal, Universidad de Valladolid, España. Contacto: coral.aranguena@uva.es.

La garantía del proceso equitativo es consustancial al espíritu de ambas Convenciones, puesto que tienen por objeto la protección de derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos, en gráfica expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) pronunciada en la sentencia del caso *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979. De ahí la importancia de estos preceptos, inspirados en los artículos 10 y 11 § 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que comprenden el conjunto de garantías procesales destinadas a reforzar los mecanismos de salvaguardia de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios, cuya importancia se pone de manifiesto al ser las disposiciones más invocadas ante sus respectivos Tribunales, ya sea directamente o incidentalmente; es decir, a partir de la demanda de violación de otros derechos.

Y es que como específico rasgo de identidad, los sistemas europeo e interamericano tienen en común el acceso de los justiciables –con distintas fórmulas y requisitos– ante una jurisdicción supranacional para defenderse de las violaciones de sus derechos fundamentales con independencia de la voluntad de los Estados³.

El Convenio Europeo en su artículo 6 emplea la expresión de *derecho a un proceso equitativo* para referirse al derecho subjetivo que cada ciudadano –nacional, extranjero, persona física o, con algún matiz, persona jurídica– ostenta frente al Estado, a un proceso debido o proceso justo con todas las garantías. Por su parte, si bien la Convención Americana utiliza el concepto de *Garantías Judiciales*, el desarrollo dogmático y jurisprudencial en materia procesal ha llevado a la Corte IDH a interpretarlo como referido a las garantías procesales, o también en el sentido del derecho al debido proceso legal.

Dicho concepto, no se define en ninguno de los dos textos convencionales, acaso por tratarse de un concepto global, integrado por una diversidad de elementos que solo puede concretarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. La noción de proceso equitativo no es absoluta ni monolítica, sino que se define en función de una cierta idea de justicia que ha de ser aplicada a sistemas procesales a veces muy diferentes, y esto explica, por otra parte, que ni siquiera exista la seguridad de que en los artículos citados se consagren todas las garantías que integran la noción de proceso equitativo. Al contrario, la enumeración no es limitativa: pueden haberse respetado todas las garantías ante ellos enunciadas y, sin embargo, el proceso no ser equitativo⁴.

Gráfico ejemplo de lo que decimos lo constituye, en Europa, el caso *T. y V. c. Reino Unido*, de 16 de diciembre de 1999, en el que los demandantes, menores de edad (diez años) en la época de comisión de los hechos, fueron juzgados y condenados por la muerte de otro menor (de dos años) ante una *Crown Court* contando con once años de edad. Pese a que formalmente en el juicio se habían cumplido los requisitos fijados por el artículo 6 CEDH, el TEDH en su sentencia considera que en el caso concreto no podía afirmarse que hubiese sido equitativo, al seguirse un proceso de “adultos” ante la *Crown Court* sin tener en cuenta la edad de los acusados ni su capacidad y circunstancias intelectuales y emocionales, sometiéndoles a un juicio público y exponiéndoles a las miradas escrutadoras de los asistentes, lo que se tradujo en una situación emocional de angustia y terror que impidió la adecuada comunicación con sus letrados y la imposibilidad de seguir conscientemente el juicio.

La estructura de ambos artículos, de extenso y complejo contenido es, sustancialmente, semejante y se aprecia en ellos dos partes claramente diferenciadas: un primer apartado

³ Francisco Javier García Roca, Humberto Nogueira Alcalá y Rafael Bustos Gisbert, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, ed. Francisco Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández Sánchez, Pablo Santolaya Machetti y Raúl Leopoldo Canosa Usera (Madrid: Civitas, 2012), 66.

⁴ Así, aunque referido exclusivamente al artículo 6 CEDH, Juan José López Ortega, “Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n.º 5 (2000): 305.

que enuncia en los dos textos convencionales los principios del proceso equitativo tanto en materia civil como penal y donde se entremezclan exigencias básicamente orgánicas (derecho al juez legal, independiente e imparcial) con otras procesales (igualdad de armas, duración razonable del proceso), mientras que los restantes apartados se detienen en las garantías que deben acompañar a todo inculpado en un proceso penal para cumplir con las exigencias del proceso equitativo.

En consecuencia, si globalmente consideradas las garantías de los artículos 6 CEDH y 8 CADH pueden reconducirse a la idea base de la “buena administración de justicia”, su estructura pone de manifiesto una prioridad del derecho a hacer valer judicialmente y en todo tipo de procesos las propias razones (derecho a la jurisdicción y derecho de acción o derecho al proceso) sobre una serie de derechos que en el proceso penal se reconocen a los inculpados y que, pese a ser una derivación del más amplio derecho al proceso equitativo, se ha considerado conveniente reconocer de forma adicional por la especificidad que algunos de ellos presentan en este ámbito. De ahí que los Estados gocen de menor libertad o de un menor margen de apreciación en los procesos penales⁵ o, lo que es lo mismo, las exigencias de equidad del proceso y la protección de los derechos de las partes (singularmente, del encausado) son más estrictas en el ámbito penal que en el civil (caso *Moreira Ferreira c. Portugal* nº 2, de 11 de junio de 2017).

Se trata éste, el de las garantías procesales relacionadas con el derecho del inculpado a la defensa, de un ámbito en el que se ha producido un intenso e interesante diálogo entre los Tribunales Interamericano y Europeo de Derechos Humanos, siquiera sea por el uso selectivo que ha hecho el primero de la jurisprudencia del segundo, habida cuenta de la voluminosa jurisprudencia generada por este último motivada por la frecuente denuncia de vulneración de estas garantías en los procesos seguidos en los Estados parte. El derecho a conocer con carácter previo el contenido de la acusación, a disponer del tiempo y medios suficientes para preparar la defensa, a la asistencia letrada incluyendo la comunicación y entrevista reservada con el abogado, a disponer de la asistencia de traductor e intérprete si no se conoce la lengua del proceso y a hacer uso de los elementos de prueba, han sido clarificados y reforzados con la permanente interpretación del Tribunal de Estrasburgo.

Dada la amplitud de las referidas garantías, y la imposibilidad de dedicarles unas mínimas, pero suficientes, explicaciones, nos detendremos únicamente sobre una de ellas: el derecho a la asistencia letrada.

2. La formulación del derecho a la asistencia letrada en el CEDH y en la CADH

El artículo 6.3 del CEDH en su letra c) reconoce a todo acusado el derecho a defenderse por sí mismo, o ser asistido por un defensor de su elección y, de no tener medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan.

Por su parte, el artículo 8.2 CADH reconoce entre las garantías mínimas que asisten a un inculpado: d) el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y e) el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia de 27 de octubre de 1993”, *Caso Beheer c. Países Bajos*, 27 de octubre de 1993; y “Sentencia de 24 de junio de 2008”, *Caso Melich y Beck c. República Checa*, 24 de junio de 2008.

Aparecen así como tres derechos que asisten al acusado, pudiendo optar, en principio, entre los dos primeros y garantizándose la efectividad de esta opción con el derecho a obtener, en su caso, la asistencia jurídica gratuita.

2.1. Derecho a defenderse por sí mismo (autodefensa)

La llamada autodefensa, primero de los derechos que estos preceptos reconocen al acusado, supone la posibilidad de que intervenga personal y directamente en el procedimiento a efectos de ejercitar su derecho fundamental a la defensa. La primacía que se le confiere obedece, entendemos, a que aun en los casos en que se haya optado por la defensa técnica, pueden convivir ambas modalidades en un mismo procedimiento al ser perfectamente compatibles las actuaciones llevadas a cabo por el letrado de la defensa con las diversas manifestaciones del acusado tendentes a hacer frente a la acusación, y al sustraerse a dicha defensa técnica algunas parcelas que legalmente se confieren con exclusividad al acusado, como por ejemplo el llamado derecho a la última palabra, que aparece previsto en la mayor parte de las legislaciones procesales penales europeas e iberoamericanas.

El acusado, por tanto, debe disponer de la posibilidad de defenderse personalmente según las reglas del derecho interno. No estamos pues en presencia de un derecho absoluto, sino que se halla sometido a las condiciones de ejercicio establecidas en las diversas legislaciones internas, reconociéndose un amplio margen de apreciación por los Estados. En tal sentido, éstos pueden introducir limitaciones atendiendo a las circunstancias del sujeto (formación, conocimiento pleno de las consecuencias derivadas de la asunción de la autodefensa, etc.), a las particularidades del procedimiento de que se trate (no es igual ante jueces honorarios que ante técnicos en Derecho, que se encuentre en primera instancia o en segunda o en casación y que intervenga o no el Ministerio Fiscal), correspondiendo al derecho interno admitir o no la autodefensa (entendida a estos efectos como exclusión de la defensa técnica) en función de que el sistema previsto pueda proporcionar una defensa *adecuada*⁶, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

2.2. Derecho a la defensa técnica

El segundo derecho que los preceptos convencionales citados reconocen al acusado es el de ser asistido por un abogado de su elección, es decir, optar por la defensa técnica. De la jurisprudencia del TEDH se desprende que este derecho se traduce, ante todo, en la exigencia de garantizar que el acusado, como regla general, pueda elegir al profesional que le defienda en el proceso. No se refiere a cualquier abogado, sino, precisamente, al designado por la parte por merecer su confianza y considerar más adecuado para su defensa.

Dicho con otras palabras; la asistencia letrada de oficio posee un carácter subsidiario con respecto a la de libre designación. Aquello, no obstante, es perfectamente posible establecer limitaciones o restricciones a este derecho de libre elección; por ejemplo la existente en el ordenamiento español, que en los casos de incomunicación del detenido y mientras dure ésta permite la privación, entre otros, del derecho a designar un abogado de su confianza. Ahora bien, para que la aplicación de estas limitaciones o restricciones sea compatible con el derecho a un proceso equitativo, es necesario que existan motivos pertinentes y suficientes que las justifiquen, tras una valoración individualizada de las circunstancias particulares del caso⁷, sin que quepa, en principio, la aplicación de restricciones generales y/o automáticas. Cuando esos motivos no existen, el Tribunal debe examinar no obstante si la restricción o limitación afectó a la equidad del

⁶ Vid. Casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 9 de octubre de 1979", *Caso Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979; "Sentencia de 13 de mayo de 1980", *Caso Artico c. Italia*, 13 de mayo de 1980; "Sentencia de 24 de mayo de 1991", *Caso Quaranta c. Suiza*, 24 de mayo de 1991; y, "Sentencia de 4 de abril de 2018", *Caso Correia de Matos c. Portugal*, 4 de abril de 2018.

⁷ Por ejemplo, para evitar la destrucción de pruebas o la detención de otras personas buscadas.

proceso en su conjunto (casos *Dvorski c. Croacia*, de 20 de octubre de 2015, §§ 81-82; *Atristain Gorosabel c. España*, de 18 de enero de 2022, §§ 44-45)⁸.

Sentada, como regla, la preeminencia de la libre elección de Abogado, es importante destacar que entre ambos se establece una relación basada en el principio de confianza y en la existencia de un deber profesional de discreción y reserva que el Estado tiene obligación de respetar⁹ sin establecer obstáculos a la comunicación libre y privada entre el acusado y su defensor (caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, de 18 de agosto de 2000), confidencialidad que se extiende al ámbito penitenciario, puesto que el derecho del acusado a comunicarse reservadamente con su abogado fuera del alcance de terceros, figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo propio de una sociedad democrática y compensa la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad garantizándoles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios¹⁰. Si un abogado no puede entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia, y recibir instrucciones confidenciales, su asistencia perdería gran parte de su utilidad cuando —como se declaró tempranamente por el TEDH en el caso *Artico c. Italia*, de 13 de mayo de 1980— la finalidad del Convenio es la de proteger derechos concretos y efectivos¹¹. Asimismo, el acusado debe poder comunicarse libremente y sin restricciones con su Abogado, sin que pueda limitarse el intercambio de información pertinente para su defensa por tener ésta carácter confidencial (caso *M. c. Países Bajos*, de 25 de julio de 2017, §§ 72-97).

En realidad, y tal y como por regla general resulta configurada en las distintas legislaciones internas, la defensa técnica, más que una opción del acusado, es una obligación o incluso una exigencia legal para la validez del proceso, puesto que se impone en la mayoría de los procesos penales, con excepciones mínimas en cuanto a los hechos punibles de escasa entidad.

Es lógico que así sea, dadas las connotaciones públicas que ofrece el proceso penal, en el que el derecho a ser asistido por un abogado de confianza trasciende al mero interés de la tutela de los intereses de la parte hasta convertirse en una exigencia de orden público, en garantía objetiva de validez y legitimación del proceso en su conjunto. La complejidad técnica del proceso y la correlativa ausencia de la pericia precisa para defender convenientemente los intereses propios dada la dificultad técnico-jurídica de conocer, entender y aplicar el ordenamiento correspondiente, únicamente apto a profesionales especializados y experimentados en el sistema jurídico, son argumentos suficientes para justificar ya de entrada esta opción del legislador. Pero a ello se

⁸ Vid., asimismo, Casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 24 de octubre de 1993", *Caso Imbrioscia c. Suiza*, 24 de octubre de 1993; "Sentencia de 28 de octubre de 1998", *Caso Osman c. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998; "Sentencia de 15 de julio de 2003", *Caso Ernst y otros c. Bélgica*, 15 de julio de 2003; y, "Sentencia de 23 de mayo de 2019", *Caso Doyle c. Irlanda*, 23 de mayo de 2019; en los que el TEDH examinó la compatibilidad de diversas medidas restrictivas similares con las exigencias del CEDH atendiendo a que así lo exigiera el *interés de la justicia*.

⁹ Y ello pese a que tal derecho no está explicitado en el CEDH (como ha recordado el TEDH en el caso *S. c. Suiza*, de 28 de noviembre de 1991) aunque sí lo está en el seno del Consejo de Europa en el art. 93 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos anejas a la Resolución (73) 5 del Comité de Ministros. También lo está en el art.8.2.d) de la CADH.

¹⁰ Casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 12 de marzo de 2003", *Caso Öcalan c. Turquía*, 12 de marzo de 2003; "Sentencia de 15 de noviembre de 1996", *Caso Domenichini c. Italia*, 15 de noviembre de 1996; "Sentencia de 25 de noviembre de 2029", Corte IDH, "Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso López y otros vs. Argentina*, 25 de noviembre de 2019, §203, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_396_esp.pdf; "Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, 5 de octubre de 2015, §156, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf; y, "Sentencia de 10 de mayo de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*, 10 de mayo de 2019, §82, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_376_esp.pdf.

¹¹ La especial protección que se dispensa al secreto profesional del Abogado, ha llevado al TEDH a ser especialmente riguroso a la hora de analizar la compatibilidad de los registros realizados en sus despachos profesionales o la observación de sus líneas telefónicas con las exigencias dimanantes del Convenio, puesto que semejante intrusión puede repercutir sobre la buena administración de justicia y, por tanto, sobre los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH (casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 16 de diciembre de 1992", *Caso Niemietz c. Alemania*, 16 de diciembre de 1992; "Sentencia de 27 de septiembre de 2005", *Caso Petri Sallinen c. Finlandia*, 27 de septiembre de 2005; y, "Sentencia de 27 de septiembre de 2005", *Caso André y otro c. Francia*, 24 de julio de 2008). A la violación de la exigencia de confidencialidad en el ámbito penitenciario por el control de la correspondencia con su abogado, "Sentencia de 15 de noviembre de 1996", *Caso Domenichini c. Italia*, 15 de noviembre de 1996.

añaden otras razones de mayor peso: la necesidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes¹² y de contradicción que exige del legislador una regulación apta para asegurar su observancia e impone a los órganos jurisdiccionales un deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que pueda inferir a alguna de ellas el resultado de indefensión. Además, el interés público presente en el proceso penal exige la presencia de un órgano del Estado que sostenga la acusación, el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia, frente a una acusación técnica ejercida por tal órgano, es necesario, como garantía del correcto desenvolvimiento del proceso penal, que aparezca también una defensa técnica. De ahí que se haya afirmado por la doctrina que la defensa técnica a través de letrado (la heterodefensa) es la única que realmente puede garantizar la equidad del proceso y, en suma, la efectiva igualdad de armas procesales en cuanto que *alter ego* procesal del encausado con conocimientos técnicos y herramientas procesales para la protección de sus derechos fundamentales en general y de su derecho a la libertad en particular¹³. De ahí también, que en los casos en que el investigado no haya hecho uso de su derecho a nombrar un abogado de su elección sea el Estado el que deba designárselo (defensa de oficio) para procurar ese necesario equilibrio.

Tanto el TEDH como la Corte IDH han recalcado, además, la necesidad de que los Estados tomen medidas positivas para garantizar la *efectividad* de la asistencia letrada. Y es que la obligación del Estado de proveer al acusado de una defensa de oficio no se agota en la mera designación de abogado, sino que se extiende a asegurar su efectividad¹⁴, tal y como estableció el TEDH en el ya citado caso *Artico*¹⁵ de 1980, advirtiendo que el artículo 6.3.c) habla de *asistencia*, y no de *nombramiento*, que no garantiza por sí mismo la efectividad de la primera pues el abogado de oficio puede sufrir diferentes vicisitudes físicas (morir, caer gravemente enfermo, tener un impedimento permanente) o eludir sus deberes, supuestos todos ellos que implican una asistencia nominal, pero inefectiva y, por ello, contraria a los fines del Convenio dada su finalidad primordial de proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos. Situación de defensa efectiva que la Corte IDH también ha considerado, al estimar que el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, caso *Martínez Coronado vs. Guatemala*, de 10 de mayo de 2019, caso *Grijalva Bueno vs. Ecuador*, de 3 de junio de 2021, caso *García Rodríguez y otro vs. México*, de 25 de enero de 2023, caso *Reyes Mantilla y otros vs. Ecuador*, de 28 de agosto de 2024). Para cumplir con este cometido, el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas; entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan proporcionar al acusado una defensa de oficio efectiva¹⁶, adoptando las medidas positivas dirigidas a facilitarla. Y, cuando las autoridades competentes han sido advertidas de la inefectividad de la asistencia dispensada, tienen la obligación de adoptar las medidas positivas

12 A la necesaria igualdad de armas con el poder persecutorio se alude por la Corte IDH en los casos: Corte IDH, "Sentencia de 26 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iniguez vs. Ecuador*, 26 de noviembre de 2007, §159, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf; "Sentencia de 10 de mayo de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*, §83; y, "Sentencia de 15 de octubre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Girón y otro vs. Guatemala*, 15 de octubre de 2019, §101, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_390_esp.pdf.

13 Así Jaime Campaner Muñoz, *El derecho a una asistencia letrada eficaz en el proceso penal* (Granada: Comares, 2025), 176.

14 Ciertamente, también en el caso de Abogado de libre elección es exigible un nivel de conocimientos suficiente, pero, lógicamente, y de no ser así, ninguna responsabilidad alcanza al Estado, siendo únicamente atribuible a la culpa *in eligendo* del propio imputado las consecuencias de esta falta de idoneidad en el elegido.

15 Y reiteró en los casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 24 de noviembre de 1993", *Caso Imbrioscia c. Suiza*, 24 de noviembre de 1993; "Sentencia de 24 de septiembre de 2002", *Caso Cuscani c. Reino Unido*, 24 de septiembre de 2002.

16 Corte IDH, "Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, §132, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf; "Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, §156-158; y, "Sentencia de 10 de mayo de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*, §78-89.

dirigidas a corregir tal deficiencia (caso *Goddi c. Italia*, de 9 de abril de 1984, caso *Daud c. Portugal*, de 21 de abril de 1998, caso *Bogumil c. Portugal*, de 7 de octubre de 2008 y caso *Falcão dos Santos contra Portugal*, de 3 de julio de 2012)¹⁷. Además, y partiendo de la base de que los errores o negligencias de dicho Letrado no entrañan en principio la responsabilidad del Estado¹⁸, es preciso diferenciar la hipótesis de que las carencias sean manifiestas¹⁹, puesto que entonces es igualmente exigible una actuación positiva de las autoridades competentes para suplir la lesión al derecho de defensa del acusado²⁰.

En el orden jurisdiccional penal reviste capital importancia la reclamación de la vigencia de este derecho desde los primeros estadios del procedimiento, esto es, desde que se presta la primera declaración²¹, sea ésta en sede judicial, sea en las actuaciones policiales o preprocesales seguidas ante el Ministerio Fiscal²². Una cuestión, por cierto, sobre la que el CEDH guarda silencio²³ siendo el TEDH el que, por medio de su jurisprudencia y abordando la cuestión desde la óptica del derecho a un proceso equitativo ha extendido esta garantía a la instrucción preparatoria, considerando que para que el derecho a un proceso equitativo consagrado por el art. 6.1 sea suficientemente «concreto y efectivo» es necesario como regla general que el acceso a un abogado sea reclamable desde el primer interrogatorio policial del sospechoso, sin perjuicio, no obstante, de

17 Por ejemplo, en el caso *Daud c. Portugal*, el TEDH comprobó cómo pese a que el acusado puso de manifiesto ante las autoridades judiciales la inactividad absoluta del abogado de oficio, aquéllas, so pretexto de que la petición estaba redactada en otro idioma, se mostraron pasivas y no actuaron para suplir la lesión al derecho de defensa del acusado. En el caso *Bogumil*, el acusado inicialmente fue asistido por un abogado en prácticas que no podía realizar tal cometido; cuando esto se advierte se le nombra otro mas experimentado que no interviene en el proceso más que para pedir ser relevado de sus funciones tres días antes del juicio; el nuevo abogado es designado el mismo día del juicio y sólo puede examinar los autos cinco horas. Y en el caso *Falcão dos Santos* se suceden tres abogados de oficio que manifiestan un comportamiento procesal inexistente o absolutamente inoperante y negligente.

18 Corte IDH, "Sentencia de 24 de septiembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, 24 de septiembre de 2019, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf.

19 Sobre la compleja y delicada cuestión de determinar en un caso concreto cuándo la defensa es "ineficaz" ha llevado a la jurisprudencia de algunos Estados parte en el CEDH a manejar como mecanismo para su evaluación el denominado *estándar Strickland* proveniente de la sentencia de la Corte Suprema Federal Norteamericana del caso *Strickland c. Washington*, 466 U.S.668 (1984). Al respecto vid. España Tribunal Supremo, *Sentencia 383/2021*, Boletín Oficial del Estado, 5 de mayo de 2021, ES:TS:2021:1712 y, ampliamente, Jaime Campaner Muñoz, *El derecho a una asistencia letrada eficaz en el proceso penal*, 48-65.

20 Casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 10 de octubre de 2002", *Caso Czekalla c. Portugal*, 10 de octubre de 2002; "Sentencia de 20 de enero de 2005", *Caso Mayzit c. Rusia*, 20 de enero de 2005; "Sentencia de 27 de abril de 2006", *Caso Sannino c. Italia*, 27 de abril de 2006; "Sentencia de 22 de marzo de 2007", *Caso Staroszczyk c. Polonia*, 22 de marzo de 2007; "Sentencia de 20 de enero de 2009", *Caso Güvec c. Turquía*, 20 de enero de 2009; "Sentencia de 12 de enero de 2010", *Caso Bakowski c. Polonia*, 12 de enero de 2010; y, "Sentencia 11 de marzo de 2021", *Caso Feilazoo c. Malta*, 11 de marzo de 2021.

21 Corte IDH, "Sentencia de 14 de octubre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Rosadio Villavicencio vs. Ecuador*, 14 de octubre de 2019, §143-145, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_388_esp.pdf; "Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, §62, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf; y, "Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Cabrera García y Montiel vs. México*, 26 de noviembre de 2010, §155, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf; "Sentencia de 14 de octubre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Revolorio y otros vs. Guatemala*, 14 de octubre de 2019, §104, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_387_esp.pdf; y, "Sentencia de 27 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso J. vs. Perú*, 27 de noviembre de 2019, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf.

22 Corte IDH, "Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, §§ 193, 194 y 196, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf; "Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, 24 de junio de 2005, §§ 124 y 126, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf; y, "Sentencia de 1 de septiembre de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2016, §§ 181-187, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_316_esp.pdf; "Sentencia de 27 de enero de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Montes Mejía vs. Ecuador*, 27 de enero de 2020, §§ 191-193, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_398_esp.pdf.

23 El CEDH no incluye expresamente entre los derechos del detenido (artículo 5 CEDH) el de asistencia letrada, limitándose a su consagración en sede del proceso equitativo entre los derechos del acusado, lo que durante largo tiempo ha generado dudas en orden a la extensión de esta garantía a la instrucción preparatoria.

que puedan existir excepciones o restricciones siempre que existan razones que lo justifiquen²⁴. A este respecto, lo esencial a la luz del art. 6 CEDH es determinar si la equidad del proceso en su conjunto se ha visto comprometida por causa de dicha restricción atendidas las circunstancias particulares en las que se desarrollaron las diligencias policiales o preprocesales, la información que se obtuvo con ellas y el uso que finalmente se hubieran dado en el procedimiento. Ello implica la instauración de un test en dos fases, en el que en primer lugar debe comprobarse si concurren razones imperiosas para la restricción temporal al acceso a la asistencia letrada y, en segundo lugar, y con independencia de si estas razones existieron o no, si la restricción de la asistencia letrada tuvo impacto en la equidad global del proceso. Así, la inexistencia de razones imperiosas para acordar la restricción no justifica, por sí misma, la violación del art. 6 CEDH, pero su ausencia desde luego sí exigirá la aplicación de un escrutinio mucho más estricto sobre su impacto en la equidad global del proceso, pudiendo incluso llegar a invertirse la carga de la prueba sobre el Estado demandado, que deberá demostrar que ésta no se vio perjudicada de manera irreparable a causa de tal limitación. En definitiva, en la actualidad lo determinante no es la existencia o no de razones imperiosas que justifiquen la falta de la asistencia letrada, sino si esta restricción tuvo efectivamente impacto en la equidad del proceso en su conjunto²⁵.

Una última puntualización sobre este derecho. A diferencia de la CADH que configura como *irrenunciable* el derecho del inculpado de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si no se defendiere por sí mismo ni nombrare uno de su elección, el CEDH nada dice sobre este particular. Lo que ha motivado que el Tribunal Europeo si bien admite que respecto de este derecho cabe la renuncia, exige para que sea admisible y no vulnere las exigencias del proceso equitativo que ésta se haya manifestado de forma inequívoca. Lo que pasa, como dato previo, por la obligación que tienen las autoridades estatales de informar al detenido de su derecho para que pueda hacerlo efectivo o, en su caso, renunciar de modo válido a él²⁶.

2.3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Este es el tercer derecho reconocido al acusado, que se condiciona a la concurrencia de dos requisitos: carecer de los medios suficientes para remunerar al Abogado defensor y que los intereses de la justicia exijan la asistencia del Letrado²⁷. La concurrencia de ambas condiciones requiere efectuar en tales hipótesis un análisis en función del caso concreto y desde una visión de conjunto.

²⁴ La jurisprudencia del TEDH sobre este punto es muy abundante. Como sentencias más representativas de su evolución vid. Casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 8 de febrero de 1996", *Caso John Murray c. Reino Unido*, 8 de febrero de 1996; "Sentencia de 16 de octubre de 2001", *Caso Brennan c. Reino Unido*, 16 de octubre de 2001; "Sentencia de 12 de marzo de 2003", *Caso Öcalan contra Turquía*, 12 de marzo de 2003; "Sentencia de 22 de marzo de 2007", *Caso Staroszczyk c. Polonia*, 22 de marzo de 2007; "Sentencia de 27 de noviembre de 2008", *Caso Salduz c. Turquía*, 27 de noviembre de 2008; y, "Sentencia de 13 de septiembre de 2016", *Caso Ibrahim y otros contra Reino Unido*, 13 de septiembre de 2016.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 13 de septiembre de 2016", *Caso Ibrahim y otros c. Reino Unido*, 13 de septiembre de 2016, §§ 262-264. Vid., asimismo, casos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 12 de mayo de 2017", *Caso Simeonovi c. Bulgaria*, 12 de mayo de 2017, §§ 132-144; "Sentencia de 9 de noviembre de 2018", *Caso Beuze c. Bélgica*, 9 de noviembre de 2018, §§ 144-150.

²⁶ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 28 de febrero de 2006", *Caso Flandin c. Francia*, 28 de febrero de 2006, donde la falta de notificación de la concesión de asistencia judicial tras una negativa preliminar y la creencia del solicitante de que carecía de tal asistencia letrada le llevó a comparecer solo en apelación ejerciendo la autodefensa; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 11 de diciembre de 2012", *Caso Panovits c. Chipre*, 11 de diciembre de 2012, con un interrogatorio en sede policial a un menor sin la presencia de su tutor y sin haberle advertido de manera suficientemente clara de su derecho a ser asistido por un letrado.

²⁷ Se incurre, en ocasiones, en error al considerar "defensa de oficio" y "gratuidad" como términos sinónimos, cuando no lo don ni pueden equipararse. Una cosa es la preceptiva designación en el proceso cuando sea necesario y otra quien sufraga los gastos. La designación de oficio no implica su gratuidad, a menos que se demuestre la falta de recursos para litigar (Jaime Campaner Muñoz, *El derecho a una asistencia letrada eficaz en el proceso penal*, 22).

Si bien la determinación del primer presupuesto no resulta excesivamente problemático, correspondiendo, en principio, al acusado la carga y modos de prueba relativos a la carencia de medios (caso *Croissant c. Alemania*, de 25 de septiembre de 1992), el segundo presupuesto (*necesaria a los fines de la justicia*) plantea mayores complicaciones, debido a su formulación un tanto vaga o imprecisa, lo que ha conducido a que los Estados contratantes dispongan de un amplio margen de apreciación a la hora de fijar las condiciones legales, y a que los tribunales de Derechos Humanos no se muestren dispuestos a censurar más que los rechazos arbitrarios frente a la petición de designación de abogado de oficio con carácter gratuito²⁸.

De este modo, la asistencia pedida puede ser rechazada por las autoridades competentes si el asunto no presenta gran complejidad de hecho y de derecho o si la acusación se refiere a infracciones de escasa importancia, teniéndose igualmente en cuenta la aptitud del acusado y la posibilidad para él de asumir personalmente su defensa. En cambio los intereses de la justicia impondrán la asistencia letrada gratuita en aquellos supuestos en los que la comparecencia personal de la persona no hubiera compensado la ausencia de abogado, es decir, cuando sus circunstancias personales y las propias del caso concreto conduzcan a una hipotética y probable mala autodefensa (caso *Pakelli c. Austria*, de 25 de abril de 1983, caso *Granger c. Reino Unido*, de 28 de marzo de 1990, caso *Pahm Hoang c. Francia*, de 25 de septiembre de 1992).

La gravedad de la infracción imputada, la severidad de la pena potencial y la complejidad del asunto, que puede incrementarse en atención a la situación del imputado son así los criterios a tener en cuenta para determinar en cada caso lo que los *intereses de la justicia* exijan (casos *Quaranta*, de 1991, *Benham contra Reino Unido*, de 10 de junio de 1996, y *Talat Tunç contra Turquía*, de 27 de marzo de 2007), sentándose la regla de que cuando se encuentre en juego una pena privativa de libertad los intereses de la justicia reclaman por principio la asistencia letrada. Junto a dichos criterios, el caso *Monnell y Morris contra Reino Unido* de 1987 incluye la *sostenibilidad* de la pretensión, de manera que en aquellos casos en que resulte insostenible por reputarse contraria a las normas internas o bien simplemente reiterativas de lo anteriormente pretendido y desestimado, la denegación no podrá reputarse contraria a los intereses de la justicia.

Por su parte, la Corte IDH en la en la sentencia del caso *Vélez Loor vs. Panamá*, de 23 de noviembre de 2010, hace suya la interpretación del TEDH sobre lo que han de entenderse por intereses de la justicia para considerar necesaria la asistencia letrada citando expresamente el razonamiento del caso *Benham contra Reino Unido*, de 10 de junio de 1996, para concluir que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso; se vuelve un imperativo del interés de la justicia²⁹. Asimismo, en el caso *Ruano Rorres vs. El Salvador*, de 5 de octubre de 2015, § 156, indica que la institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios y en el caso *Martínez Coronado vs. Guatemala*, de 10 de mayo de 2019, destaca "la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad"³⁰.

²⁸ Rusen Ergec y Jacques Velu, *La convention européenne des droits de l'homme* (Bruselas: Bruylant, 1990), 498.

²⁹ Esa misma sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia de 10 de junio de 1996", *Caso Benham c. Reino Unido*, 10 de junio de 1996, así como la del caso Artico, es tomada nuevamente en consideración por la Corte IDH (Corte IDH, "Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, 21 de junio de 2002, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf) de cara a su razonamiento sobre el derecho a la asistencia letrada en su caso gratuita que se hace precisa para hacer efectivos los derechos y para hacer real el derecho a un recurso efectivo.

³⁰ Corte IDH, "Sentencia de 10 de mayo de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*.

Bibliografía

Campaner Muñoz, Jaime. *El derecho a una asistencia letrada eficaz en el proceso penal*. Granada: Comares, 2025.

Corte IDH. "Sentencia de 21 de junio de 2002 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. 21 de junio de 2002. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf.

---. "Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Tibi vs. Ecuador*. 7 de septiembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

---. "Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. 24 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.

---. "Sentencia de 26 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. 26 de noviembre de 2007. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

---. "Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. 17 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf.

---. "Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. 23 de noviembre de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf.

---. "Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Cabrera García y Montiel vs. México*. 26 de noviembre de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf.

---. "Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. 5 de octubre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf.

---. "Sentencia de 1 de septiembre de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*. 1 de septiembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_316_esp.pdf.

---. "Sentencia de 10 de mayo de 2019 (Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*. 10 de mayo de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_376_esp.pdf.

---. "Sentencia de 24 de septiembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. 24 de septiembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf.

---. "Sentencia de 14 de octubre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Revolorio y otros vs. Guatemala*. 14 de octubre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_387_esp.pdf.

---. "Sentencia de 14 de octubre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Rosadio Villavicencio vs. Ecuador*. 14 de octubre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_388_esp.pdf.

---. "Sentencia de 15 de octubre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Girón y otro vs. Guatemala*. 15 de octubre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_390_esp.pdf.

---. "Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso López y otros vs. Argentina*. 25 de noviembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_396_esp.pdf.

---. "Sentencia de 27 de noviembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso J. vs. Perú*. 27 de noviembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf.

---. "Sentencia de 27 de enero de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Montes Mejía vs. Ecuador*. 27 de enero de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_398_esp.pdf.

Ergec, Rusen y Jacques Velu. *La convention européenne des droits de l'homme*. Bruselas: Bruylant, 1990.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 383/2021*. Boletín Oficial del Estado. 5 de mayo de 2021. ES:TS:2021:1712.

López Ortega, Juan José. "Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal". *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n.º 5 (2000).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. "Sentencia de 9 de octubre de 1979". *Caso Airey c. Irlanda*. 9 de octubre de 1979.

---. "Sentencia de 13 de mayo de 1980". *Caso Artico c. Italia*. 13 de mayo de 1980.

---. "Sentencia de 24 de mayo de 1991". *Caso Quaranta c. Suiza*. 24 de mayo de 1991.

---. "Sentencia de 16 de diciembre de 1992". *Caso Niemietz c. Alemania*. 16 de diciembre de 1992.

---. "Sentencia de 27 de octubre de 1993". *Caso Beheer c. Países Bajos*. 27 de octubre de 1993.

---. "Sentencia de 24 de noviembre de 1993". *Caso Imbrioscia c. Suiza*. 24 de noviembre de 1993.

---. "Sentencia de 8 de febrero de 1996". *Caso John Murray c. Reino Unido*. 8 de febrero de 1996.

---. "Sentencia de 10 de junio de 1996". *Caso Benham c. Reino Unido*. 10 de junio de 1996.

---. "Sentencia de 15 de noviembre de 1996". *Caso Domenichini c. Italia*. 15 de noviembre de 1996.

---. "Sentencia de 28 de octubre de 1998". *Caso Osman c. Reino Unido*. 28 de octubre de 1998.

---. "Sentencia de 16 de octubre de 2001". *Caso Brennan c. Reino Unido*. 16 de octubre de 2001.

---. "Sentencia de 10 de octubre de 2002". *Caso Czekalla c. Portugal*. 10 de octubre de 2002.

---. "Sentencia de 24 de septiembre de 2002". *Caso Cuscani c. Reino Unido*. 24 de septiembre de 2002.

---. "Sentencia de 12 de marzo de 2003". *Caso Öcalan contra Turquía*. 12 de marzo de 2003.

---. "Sentencia de 15 de julio de 2003". *Caso Ernst y otros c. Bélgica*. 15 de julio de 2003.

---. "Sentencia de 20 de enero de 2005". *Caso Mayzit c. Rusia*. 20 de enero de 2005.

---. "Sentencia de 27 de septiembre de 2005". *Caso André y otro c. Francia*. 24 de julio de 2008.

---. "Sentencia de 27 de septiembre de 2005". *Caso Petri Sallinen c. Finlandia*. 27 de septiembre de 2005.

---. "Sentencia de 28 de febrero de 2006". *Caso Flandin c. Francia*. 28 de febrero de 2006.

---. "Sentencia de 27 de abril de 2006". *Caso Sannino c. Italia*. 27 de abril de 2006.

---. "Sentencia de 22 de marzo de 2007". *Caso Staroszczyk c. Polonia*. 22 de marzo de 2007.

---. "Sentencia de 24 de junio de 2008". *Caso Melich y Beck c. República Checa*. 24 de junio de 2008.

---. "Sentencia de 27 de noviembre de 2008". *Caso Salduz c. Turquía*. 27 de noviembre de 2008.

---. "Sentencia de 20 de enero de 2009". *Caso Güvec c. Turquía*. 20 de enero de 2009.

---. "Sentencia de 12 de enero de 2010". *Caso Bakowskac c. Polonia*. 12 de enero de 2010.

---. "Sentencia de 11 de diciembre de 2012". *Caso Panovits c. Chipre*. 11 de diciembre de 2012.

---. "Sentencia de 13 de septiembre de 2016". *Caso Ibrahim y otros contra Reino Unido*. 13 de septiembre de 2016.


---. "Sentencia de 12 de mayo de 2017". *Caso Simeonovi c. Bulgaria*. 12 de mayo de 2017.

---. "Sentencia de 4 de abril de 2018". *Caso Correia de Matos c. Portugal*. 4 de abril de 2018.

---. "Sentencia de 9 de noviembre de 2018". *Caso Beuze c. Bélgica*. 9 de noviembre de 2018.

---. "Sentencia de 23 de mayo de 2019". *Caso Doyle c. Irlanda*. 23 de mayo de 2019.

---. "Sentencia 11 de marzo de 2021". *Caso Feilazoo c. Malta*. 11 de marzo de 2021.



VISIÓN DE TÚNEL: POTENCIALES IMPACTOS EN LA CALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PENAL Y DECISIONES ERRÓNEAS¹

Víctor Beltrán Román²

1. Introducción

Las decisiones que se toman en el marco de una investigación penal no escapan a ciertas condiciones inherentes a la naturaleza humana. De esta manera, muchas veces, tales decisiones son el resultado de sesgos cognitivos subyacentes a la manera en que los agentes encargados de la investigación y persecución penal piensan, interpretan, evalúan e integran la información disponible³. En el presente trabajo abordaré uno de estos fenómenos: la llamada visión de túnel. Se trata de un fenómeno que ocurre cada vez que los actores del sistema de justicia penal —especialmente por policías y fiscales, que serán el foco de este trabajo— desarrollan una creencia inicial, hipótesis o sospecha, se aferran a ella y luego interpretan toda la información posterior de manera tal que sea consistente con tales hipótesis o confirme la creencia inicial⁴.

¹ El presente trabajo se ha construido a partir de tres insumos fundamentales: Víctor Beltrán, "Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 34 (2021): 17-58, doi:10.5354/0718-4735.2021.60210. Víctor Beltrán, "Visión de túnel y persecución penal: Comentario a la sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina RIT 1-2019", *Revista Justicia & Derecho* 4, n° 1 (2021): 1-11, y Víctor Beltrán, "Litigando visión de túnel: análisis y reflexiones a partir del caso Colina", *Revista Justicia & Derecho* 4, n° 1 (2021): 1-18. Asimismo, en su parte final, el trabajo ha sido complementado a partir de la reflexión y ulteriores publicaciones que el autor ha realizado en diversos medios y que han versado sobre el trabajo de las agencias de investigación y persecución penal, entre ellos, véase: Víctor Beltrán, "Interceptaciones telefónicas en el caso ProCultura y la crisis de control en el proceso penal", *CIPER Chile*, 21 de mayo de 2021; y Víctor Beltrán, "Ministerio Público y principio de objetividad: Lo que se investiga importa, pero cómo se investiga, más", *El Mercurio Legal*, 13 de junio de 2025. Finalmente, agradezco a Cristóbal Gómez Puebla, estudiante de derecho de la Universidad Diego Portales, por su gentil apoyo en la edición y preparación del presente trabajo.

² Investigador y Profesor Adjunto del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Doctor (c) en Derecho, Universidad Diego Portales. Master of Laws, Universidad de Wisconsin-Madison. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Correo Electrónico: victor.beltran@mail.udp.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3554-1838>.

³ Steve Charman, Amy Douglass y Alexis Mook, "Cognitive bias in legal decision making", en *Psychological science and the law*, eds. Neil Brewer y Amy Douglass (Nueva York: The Guildford Press, 2019), 30.

⁴ Mark Godsey, *Blind Injustice: A Former Prosecutor Exposes the Psychology and Politics of Wrongful Convictions* (Berkeley: University of California Press, 2017), 172.

Desde el mundo del Derecho, la visión de túnel ha sido estudiada fundamentalmente a partir de la literatura sobre errores en el sistema de justicia penal y condena de inocentes⁵, considerándose como uno de los contribuyentes a decisiones erróneas⁶ y, en todo caso, como un factor que muchas veces confluye con otros para la producción del error. Por lo anterior, el fenómeno guarda total relevancia en el funcionamiento de todo sistema de justicia criminal.

A nivel latinoamericano se ha constatado un creciente interés académico en el estudio de los errores en el sistema de justicia penal, a partir del análisis de 50 artículos académicos sobre el tema, publicados entre 2010 y 2023 y que se encuentran indexados en las plataformas WoS, Scopus y SciELO. Entre sus temáticas, estos trabajos revisan aspectos generales vinculados a las condenas erróneas, los factores que contribuyen a ellas, los mecanismos para corregir estos defectos y, en última instancia, los caminos para conseguir compensación o reparación⁷. A pesar de que gran parte de la producción académica proviene y se refiere a Brasil y Chile, también es posible encontrar trabajos referidos a Argentina, México, Bolivia, Colombia, entre otros.

En el caso de Ecuador, si bien no se identificaron estudios en dicha revisión de literatura —posiblemente debido a la restricción de indexación propia del diseño metodológico de dicho estudio— mientras preparaba este manuscrito pude conocer un reciente trabajo que revisó el impacto de las pruebas criminalísticas en los procesos de revisión de sentencias condenatorias⁸. En él, a partir del análisis de tres fallos judiciales, se destaca el rol de las pruebas científicas para conseguir reexaminar condenas y con ello conseguir la exoneración de personas inocentes quienes, en su oportunidad, fueron erróneamente condenadas⁹. Con todo, también se mapean ciertos problemas normativos (admisibilidad, incorporación y valoración) e institucionales (objetividad, recursos limitados, infraestructura, independencia, etc.) que impiden que este tipo de pruebas puedan tener un rol más preponderante al conocerse el recurso de revisión¹⁰.

Por otros medios, fundamentalmente evidencia más bien anecdótica, pude conocer de casos de personas que afirman haber sido erróneamente condenadas, como el mediático caso de David Piña, que ha traído consigo un importante litigio en diversas sedes¹¹. También, pude conocer de la existencia de una organización equivalente a los mundialmente conocidos *Innocence Project*, el denominado "Proyecto Inocente Ecuador"¹². Como se puede ver, se trata de una temática relevante para cualquier sistema de justicia y con un interés creciente. En ese sentido, esta breve contribución espera profundizar tal interés en el contexto del sistema jurídico ecuatoriano.

5 Los trabajos fundacionales sobre errores en el sistema de justicia penal y condenas erróneas pueden remontarse históricamente a las obras de Edwin Borchard, "European systems of state indemnity for errors of criminal justice", *Journal of Criminal Law and Criminology* 3, n.º 5 (1913): 684-718; y, Edwin Borchard, *Convicting the innocent: errors of criminal justice* (New Haven: Yale University Press, 1932). Más recientemente, en el contexto de la proliferación de exoneraciones a partir de pruebas de ADN en Estados Unidos, véase: Jim Dwyer, Peter Neufeld y Barry Scheck, *Actual innocence: Five days to execution & other dispatches from the wrongly convicted* (New York: Doubleday, 2000); y, Jim Dwyer, Peter Neufeld y Barry Scheck, *Actual innocence: When justice goes wrong and how to make it right* (New York: New American Library, 2003).

6 Mauricio Duce y Keith Findley, "Editorial of dossier "Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms" - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 8, n.º 2 (2022): 523-566, doi: 10.22197/rbdpp.v7i2.746.

7 Víctor Beltrán y Mauricio Duce, "¿Qué se ha investigado en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas? Una revisión sistemática de la literatura disponible en el periodo 2010-2023", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 1 (2024): doi:10.22197/rbdpp.v10i1.928.

8 Ariel Castro y Diego Andrade, "La influencia de las pruebas criminalísticas en la revisión de sentencias en casos de condenas erróneas en el Ecuador", *Ethos Scientific Journal* 3, n.º 1 (2025): 121-135, doi:10.1007/s10611-019-09859-0.

9 Ariel Castro y Diego Andrade, "La influencia de las pruebas criminalísticas en la revisión de sentencias en casos de condenas erróneas en el Ecuador", 132.

10 Ariel Castro y Diego Andrade, "La influencia de las pruebas criminalísticas en la revisión de sentencias en casos de condenas erróneas en el Ecuador", 132.

11 Documentado en Paúl Ocaña, *Gritos tras las rejas: David Piña contra el sistema* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2024), 1-136.

12 Véase: Para más información, se puede acceder a la página Proyecto Inocente Ecuador en el siguiente enlace: <https://proyectoinocentecuador.com/>.

El presente trabajo se inserta dentro de aquellos que estudian los factores que contribuyen a las condenas e imputaciones erróneas y se divide fundamentalmente en dos partes. En la primera de ellas, describiré sucintamente cómo se produce el fenómeno de la visión de túnel. Para ello, descansaré en el marco conceptual desarrollado por Findley & Scott (2006), el cual, para su adecuado entendimiento, permite descomponer el fenómeno en tres dimensiones: sesgos cognitivos, presiones institucionales y decisiones sistémicas. En la segunda parte, presentaré algunas breves reflexiones sobre el potencial impacto del fenómeno en la calidad de las investigaciones penales y cómo podrían tensionarse ciertos principios rectores que rigen el actuar del Ministerio Público, como el de objetividad, y sus eventuales consecuencias respecto de la garantía del debido proceso. El trabajo finaliza con unas breves conclusiones.

2. Visión de túnel como un fenómeno de tres dimensiones

La visión de túnel comienza a desarrollarse a partir de sesgos cognitivos. Sin embargo, entendida apropiadamente, la visión de túnel es, además, producto de otras fuerzas externas, sociales y organizacionales, que derivan de la naturaleza adversarial del sistema de justicia criminal, en concreto, presiones institucionales y decisiones sistémicas, que acaban por exacerbar el fenómeno, lo incrementan y refuerzan¹³. A continuación revisaré brevemente estos tres niveles.

2.1. Sesgos cognitivos

En principio, el fenómeno de la visión de túnel encontraría su origen en sesgos cognitivos, esto es, ciertos errores comunes y predisposiciones en los procesos mentales que afectan las creencias de las personas y el entendimiento que estas tienen sobre el mundo que las rodea¹⁴. En otras palabras, es producto de una variedad de procesos que pueden conducir a juicios o interpretaciones inexactas, afectando la memoria, el razonamiento y la toma de decisiones¹⁵.

Si bien es prácticamente imposible la tarea de consolidar una lista de todos los sesgos cognitivos que se encuentran involucrados en los procesos mentales de toma de decisión¹⁶, el componente central y detonante de la visión de túnel es el denominado sesgo de confirmación. Hago una nota previa antes de revisar este sesgo: toda investigación criminal comienza a desarrollarse a partir de alguna hipótesis, al menos preliminar. Por ejemplo, muy en simple, "la persona J puso veneno en la cerveza de la persona K" o "la persona X disparó en contra de la persona Z".

En este orden de ideas, el sesgo de confirmación corresponde a la tendencia humana natural a buscar, seleccionar, interpretar y recordar información de forma tal que siempre sea consistente y apoye tales creencias, expectativas o hipótesis preexistentes¹⁷. Mientras que,

13 Julia Carrano et al., "Predicting erroneous convictions", *Iowa Law Review* 99, (2014): 304. Keit Findley, "Innocents at Risk: Adversary imbalance, forensic science, and the search for truth", *Seaton Hall Law Review* 38, (2008): 896. Keith Findley y Michael Scott, "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases", *Wisconsin Law Review*, (2006): 292.

14 Cory Clements, "Perception and persuasion in legal argumentation: Using informal fallacies and cognitive biases to win the war of words", *BYU Law Review* 2, (2013): 334.

15 Glinda Cooper y Vanessa Meterko, "Cognitive bias research in forensic science: A systematic review", *Forensic Science International* 297, (2019): 35. Amos Tversky y Daniel Kahneman, "Judgment under certainty: Heuristic and biases", *Science* 185, (1974): 1124-1131.

16 Para conocer, en general, sobre otros efectos, como el sesgo de retrospectiva, de resultado, persistencia de las creencias, efecto anclaje, entre otros, véase: Víctor Beltrán, "Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal", 17-58

17 Richard Nisbett y Lee Ross, *Human inference: Strategies and shortcomings of social judgment* (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1980), 169-171. Raymond Nickerson, "Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises", *Review of General Psychology* 2, (1998): 175-220. Margit Oswald y Stefan Grosjean, "Confirmation bias", en *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, ed. Rüdiger Pohl (Londres: Psychology Press, 2004), 79.

al mismo tiempo, existe una tendencia a evitar información que sea contraria o que desacredite aquellas creencias, expectativas o hipótesis preexistentes¹⁸. Otros autores explican este sesgo como la tendencia a permanecer o a no abandonar una hipótesis preexistente¹⁹. En fin, la idea más central es que, en lugar de buscar información, los investigadores afectados por el fenómeno en realidad simplemente buscan confirmar aquello que preliminarmente creen.

El sesgo de confirmación tiene implicancias al menos en cuatro niveles. En primer lugar, influye en la manera en que los agentes se aproximan a los casos, en particular sobre qué tipo de información buscan, dónde la buscan y de qué manera. Así, por ejemplo, los investigadores se mantendrán por lo general en una suerte de zona de confort, en la cual solo llevan adelante actividades de investigación que son consistentes con sus creencias o hipótesis, evitando siempre información contraria. En los casos de visión de túnel, más que investigar para buscar información y con ello descubrir la verdad, lo único que se hace en realidad es buscar confirmar aquello que preliminarmente se cree. En este primer nivel de afectación entra en juego el fenómeno denominado *selective framing strategy*, el cual describe la tendencia de las personas a buscar información que debiese estar presente si se asume que la hipótesis que se investiga es cierta²⁰. Naturalmente, los agentes no se proponen en forma deliberada obtener información que solo confirma una hipótesis investigativa, pero las estrategias que de manera inconsciente se seleccionan al aproximarse a un caso tienden a ello, pues asumen su hipótesis como verdad y desde allí se comienza a buscar información que sea acorde²¹.

En segundo lugar, el sesgo de confirmación influye en la manera en que la información se recuerda. Las personas tienden a recordar de una manera en que siempre se prefiere aquella información que confirma la creencia o hipótesis preexistente²². Por ejemplo, puede ocurrir en un juicio oral que funcionarios policiales afectados por el sesgo, al prestar declaración, solo recuerden aquella información consistente con su hipótesis incriminatoria o la recuerden con más facilidad. Esto es consecuencia natural del sesgo de confirmación sobre la memoria, pues esta no funciona simplemente como reproducir un recuerdo tal como sería una grabación de video, sino que más bien es un proceso constructivo en que las personas combinan los elementos que pueden recordar del evento original, junto a conocimiento generalizado, experiencias personales, experiencias previas, factores contextuales, asunciones y expectativas de lo que estos esperaban ver, de lo que esperaban que ocurriera, etcétera²³.

En tercer lugar, el sesgo de confirmación afecta la forma en que las personas interpretan la información disponible. Así, las personas tienden a preferir aquella interpretación que resulta consistente con su hipótesis inicial, descartando rápidamente otras interpretaciones posibles²⁴. En el marco de una investigación criminal podría ocurrir que, a propósito de ciertas diligencias,

¹⁸ Keith Findley y Michael Scott, "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases", 309-312. Daniel Medwed, *Prosecution complex: America's race to convict and its impact on the innocent* (Nueva York: University Press, 2012), 127.

¹⁹ Dan Simon, *In doubt: The psychology of the criminal justice process* (Cambridge: Harvard University Press, 2012), 23.

²⁰ Dan Simon, *In doubt: The psychology of the criminal justice process*, 38.

²¹ Keith Findley y Barbara O'Brien, "Psychological perspectives: Cognition and decision making", en *Wrongful convictions: Stepping back, moving forward*, eds. Allison Redlich, James Acker, Robert Norris y Catherine Bonventre (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2014), 36.

²² Keith Findley, "Tunnel Vision", en *Conviction of the innocent: Lessons from psychological research*, ed. Brian Cutler (Washington, D.C.: American Psychological Association, 2012), 307-308. Keith Findley y Michael Scott, "The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases", 312-314. Mark Godsey, *Blind Injustice: A Former Prosecutor Exposes the Psychology and Politics of Wrongful Convictions*, 127.

²³ Mark Godsey, *Blind Injustice: A Former Prosecutor Exposes the Psychology and Politics of Wrongful Convictions*, 128. Sean Lane y Kate Houston, "Eyewitness memory", en *Psychological science and the law*, eds. Neil Brewer y Amy Douglass (Nueva York: The Guildford Press, 2019), 107.

²⁴ Keith Findley, "Tunnel Vision", 307-308. Keith Findley y Michael Scott, "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases", 312-314.

los investigadores obtengan cierta información que, en su concepto e interpretación sea considerada como altamente incriminatoria o perjudicial para el sospechoso, cuando en realidad es información más bien neutra o incluso ambigua, respecto de la cual se requieren actividades de investigación adicionales para poder llegar a conclusiones más fuertes.

En cuarto lugar, el sesgo de confirmación se expresa en el hecho de que las personas tienden a dar mayor peso, valor o relevancia a aquella información que es concordante con sus hipótesis iniciales, en lugar de aquella que las desacredita o contradice. Las personas somos incapaces de evaluar la fuerza o peso de una evidencia de forma independiente a nuestras creencias iniciales, por ello la evidencia confirmatoria es sobreestimada en su valor y, por el contrario, aquella que contradice la hipótesis es infravalorada. Así, las personas por lo general requieren de menos evidencia (consistente) para aceptar una hipótesis, que evidencia (contraria) para rechazar dicha hipótesis²⁵. A propósito de este cuarto nivel, se produce el fenómeno denominado *selective stopping*, bajo el cual los agentes policiales proceden a cerrar de inmediato las investigaciones o simplemente dejan de investigar cuando —en su concepto— encuentran suficiente evidencia para apoyar su hipótesis principal. Así, el fenómeno puede ocasionar que se aborte en forma prematura una investigación o que se cierre el caso incluso antes de considerar la existencia de información que contradiga la hipótesis investigativa²⁶. Este fenómeno se conjugaría también con el denominado *selective scrutiny*, esto es, la tendencia de las personas a aplicar estándares más estrictos a información que es incompatible con sus creencias preliminares y estándares más laxos a información compatible con estas.

2.2 Presiones institucionales

Se trata de factores que emergen de la naturaleza adversarial del proceso penal— particularmente del hecho de que sus participantes se desenvuelven en una lógica de posturas polarizadas—y del ambiente en el cual estos actores se desempeñan. En lo que sigue destaco estas dos dimensiones.

Primero, por la propia manera en cómo se configura el sistema de justicia, se establece una suerte de sistema de ganadores y perdedores. Esta definición estructural no es inocua, sino que impone presiones sobre los actores, quienes polarizan sus posturas a partir de asunciones propias del rol de cada uno. De esa manera, muchas veces acaban persiguiendo sus propias ideas o intereses sobre lo que creen es el resultado más adecuado para un caso²⁷. Esto, naturalmente, acaba reforzando los efectos propios de los procesos mentales que se describen en 2.1.

Segundo, al pensar en el ambiente en el cual se desempeñan los agentes encargados de la investigación y persecución penal, es posible identificar una premisa central: en general, trabajan en un ambiente en el cual se les exige, rápidamente y en muy poco tiempo, encontrar y enjuiciar a la persona que ha cometido un delito. Lo anterior se ve incrementado tratándose de casos graves, mediáticos o con personas de poder involucradas. Es usual ver que policías y fiscales sean objeto de presiones por las víctimas o los movimientos províctimas, por los medios de comunicación, por el mundo político, por los superiores jerárquicos de cada institución, etc. Todo lo anterior contribuye a reforzar la visión de túnel²⁸.

²⁵ Alafair Burke, "Improving prosecutorial decision making: Some lessons of cognitive science", *William & Mary Law Review* 47, n.º 5, (2006): 1587-1633. Raymond Nickerson, "Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises", 180.

²⁶ Dan Simon, *In doubt: The psychology of the criminal justice process*, 38.

²⁷ Keith Findley y Michael Scott, "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases", 322-323. Bruce Macfarlane, *Wrongful convictions: The effect of tunnel vision and predisposing circumstances in the criminal justice system* (Toronto: Government of Ontario, 2008), 50.

²⁸ Keith Findley y Michael Scott, "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases", 333.

2.3 Decisiones sistémicas

Las decisiones sistémicas, también llamadas en este contexto como condiciones predispuestas o visión de túnel, corresponden a decisiones que condicionan la manera en que se configura el sistema de justicia penal y que, por la vía institucional, acaban reforzando el enfoque de túnel²⁹.

A modo de ejemplo, si se piensa en las agencias de investigación criminal, son decisiones sistémicas el tipo de entrenamiento que reciben, las técnicas que utilizan para interrogar imputados, la laxitud o rigidez de los estándares para sus facultades de control de identidad o detención, etc. Otro ejemplo de visión de túnel institucionalizada o decisión sistémica es el lugar en que se inserta institucionalmente una agencia pericial, es decir, la decisión de si se cuenta con agencias forenses independientes o si estas forman parte de la cadena de mando policial, puede tener un efecto de reforzar o exacerbar el sesgo.

3. Reflexiones: lo que se investiga importa, pero cómo se investiga, más

Si bien hasta ahora me he referido a cuestiones provenientes de la psicología y a factores más bien estructurales de funcionamiento de la justicia penal, la visión de túnel también tiene un impacto normativo. En esta sección desarrollaré tres breves dimensiones de ese impacto en relación con el principio de objetividad, la calidad epistémica de la investigación penal y el debido proceso.

El principio de objetividad, en tanto limitación al actuar del Ministerio Público, se erige como una de las exigencias más fundamentales del rol del Ministerio Público en los sistemas de justicia de nuestra región. En términos generales, el principio de objetividad establece para la o el fiscal tres grandes obligaciones: (1) velar por la correcta aplicación de la ley y el respeto a los derechos de las personas, (2) investigar aquellos hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona investigada, y (3) investigar aquellos hechos o circunstancias que la eximan, atenúen o extingan. Las dimensiones dos y tres dialogan directamente con los efectos de la visión de túnel.

Doctrinariamente, el contenido de este principio puede organizarse en torno a tres dimensiones operativas: profesionalismo, lealtad y buena fe³⁰. La primera de estas dimensiones exigiría al Ministerio Público “chequear, mediante su investigación, hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas”³¹. Esta obligación no se extendería a todas las hipótesis concebibles, sino sólo a aquellas que, alegadas por la defensa, sean plausibles y serias. La segunda dimensión implicaría, por una parte, la prohibición de ocultar información, y por otra, el deber de poner oportunamente a disposición de la defensa los antecedentes relevantes que le permitan preparar su estrategia de manera adecuada³². Finalmente, la tercera dimensión impondría al fiscal un deber de actuar de buena fe a lo largo de todo el procedimiento³³, respetando las reglas propias de un proceso justo también en relación con la defensa, evitando prácticas que puedan inducir a error, comprometer el equilibrio entre las partes o instrumentalizar las herramientas procesales para obtener ventajas indebidas.

Estas tres dimensiones no son meras fórmulas abstractas, sino que representan exigencias prácticas en el modo en cómo se investiga, se delega en las policías, se hace seguimiento a tales tareas, se evalúan sus resultados y, en última instancia, se argumenta y se presenta el caso ante los tribunales³⁴.

La visión de túnel aparece aquí como una amenaza directa a ese ideal. No solo porque obstaculiza la búsqueda de información: hace que los agentes del Ministerio Público y las policías se mantengan solamente en la obligación de investigar aquellos hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona investigada (construyendo un “caso para condena”), ignorando o dejando de lado líneas investigativas que vayan en el sentido de la obligación de investigar aquellos hechos o circunstancias que la eximan, atenúen o extingan. Esto va, naturalmente, en contra del principio de objetividad, aunque los efectos son más amplios todavía y pueden precisarse mejor.

Otro problema que surge es que la visión de túnel tiende a colonizar el juicio del fiscal, erosionando su deber de mantener una actitud crítica y equilibrada frente a las hipótesis investigativas. En los casos más graves, la visión de túnel puede llevar al fiscal a adoptar una actitud pasiva y confirmatoria frente a los antecedentes producidos por la policía, anulando por completo la posibilidad de reconducir la investigación a otras posibles hipótesis³⁵.

Un ejemplo hipotético puede ilustrar estas tensiones: pensemos en una investigación iniciada por una denuncia anónima que vincula a una persona con una red de tráfico de drogas. A partir de esa hipótesis inicial, las autoridades sólo recogen testimonios y evidencias que confirman la sospecha, descartando —sin mayores esfuerzos— diligencias que podrían desmentir la participación del imputado. Aunque la persona cuenta con una coartada plausible, esta no es verificada oportunamente, y se omite la recolección de evidencia clave para confirmarla o descartarla. En este escenario, el principio de objetividad queda reducido a una formalidad sin contenido. Lo anterior, es aún más grave cuando un sistema jurídico no establece posibilidades fuertes, tanto normativas como institucionales, para que las defensas penales puedan desarrollar su investigación de manera independiente.

Se ha advertido sobre los riesgos de una práctica investigativa basada exclusivamente en la verificación de hipótesis preliminares sin apertura a otras posibles hipótesis. Así, lo que debiese ser una búsqueda abductiva —orientada a explorar explicaciones alternativas— se convierte en una ruta deductiva cerrada, en la que cada dato se interpreta únicamente como confirmación³⁶. En otras palabras, a la luz del principio de objetividad, la etapa investigativa debe construirse y entenderse como una fase abierta al descubrimiento, no como un trámite meramente confirmatorio.

Una investigación afectada por la visión de túnel, ve la calidad de la información obtenida gravemente deteriorada. Como indiqué en 2.1., el fenómeno afecta el modo en que los investigadores seleccionan, interpretan, recuerdan y valoran la información. De esta forma, una investigación sesgada termina por producir información sesgada, y con ello, decisiones igualmente defectuosas.

29 Keith Findley y Michael Scott, "The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases", 333.

30 Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso penal* (Santiago: Editorial Jurídica, 2007), 145-146.

31 Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso penal*, 145.

32 Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso penal*, 146.

33 Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso penal*, 146.

34 Víctor Beltrán, "Interceptaciones telefónicas en el caso ProCultura y la crisis de control en el proceso penal", *CIPER Chile*, 21 de mayo de 2021; y, Víctor Beltrán, "Ministerio Público y principio de objetividad: Lo que se investiga importa, pero cómo se investiga, más", *El Mercurio Legal*, 13 de junio de 2025.

35 Desarrollando una propuesta o metodología de trabajo para casos complejos con múltiples hipótesis investigativas, véase: Omar Mérida, "Hipótesis y sesgo en la investigación de los fiscales" (tesis de máster, Universitat de Girona, 2023), 12-18.

36 Livia Moscatelli, "La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal", *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio* 5, (2023): 125-155. doi:10.33115/udg_bib/qf.i5.22846.

La calidad epistémica de una investigación penal es crucial. Una investigación puede verse gravemente comprometida cuando convergen defectos estructurales como la abstención de realizar diligencias fundamentales, la omisión de otras igualmente necesarias, una interpretación defectuosa de la información recabada y, en general, la ausencia de mecanismos de corroboración o refutación de hipótesis investigativas.

Supongamos un caso en el que se investiga un incendio en un establecimiento comercial. Desde el inicio, la fiscalía orienta la investigación hacia un extrabajador que había sido despedido semanas antes, basado en rumores recogidos informalmente por la policía. A pesar de existir registros de cámaras de seguridad que podrían aportar elementos objetivos sobre los movimientos previos al siniestro, el fiscal se abstiene de requerir su obtención inmediata. Más aún, pese a saber de su existencia, omite citar a declarar a testigos clave que podrían ofrecer versiones alternativas de lo ocurrido, entre ellos, un vecino que vio a otras personas rondando el lugar horas antes del incendio. Paralelamente, interpreta como confesión una declaración ambigua del sospechoso dada en el contexto de un control de identidad. Finalmente, no se lleva a cabo ninguna diligencia de corroboración o refutación —como un peritaje de acelerantes químicos, un análisis cruzado de llamadas telefónicas o de localización de antenas— que permita validar o descartar la hipótesis inicial. En conjunto, estos vicios o defectos no solo reducen la calidad investigativa, sino que muestran cómo una hipótesis débil puede volverse dominante sin el más mínimo control epistémico.

Esta reducción de la complejidad de una investigación —destinada solamente a encontrar indicios que refuerzan la sospecha inicial o evitar hacer cosas que puedan ir en contra de tal sospecha— es incompatible con un estándar de razonabilidad. Investigar mal es también investigar de forma sesgada, y una investigación sesgada es, por definición, una investigación de baja calidad epistémica. Lo anterior solo puede traer frustración: cuando la baja calidad epistémica de una investigación queda en evidencia, es muy probable que un tribunal no adquiera la convicción necesaria para condenar. Muchas veces, investigaciones dirigidas en contra de la persona correcta, acaban teniendo defectos como los ejemplificados y, en tales casos, la visión de túnel acaba igualmente generando una decisión errónea: la absolución de una persona que sí cometió el delito.

Finalmente, cuando una investigación es de baja calidad, eventualmente se comprometen garantías como el debido proceso, entendido como un parámetro estructural de corrección institucional. Una investigación sesgada, ejecutada alejada de estándares técnicos adecuados, no puede considerarse racional ni tampoco justa. Desde esta perspectiva, la visión de túnel se convierte en un factor relevante para evaluar si se han vulnerado las garantías mínimas del procedimiento. Ahora bien, no toda infracción al principio de objetividad o el simplemente "dejar de hacer una diligencia de investigación" se traduce automáticamente en una vulneración al debido proceso. Es preciso identificar en qué medida ese defecto metodológico ha producido una afectación concreta a derechos específicos, como el derecho a presentar pruebas o a confrontar la prueba de cargo, contradiciendo la información que se presenta en contra del acusado. En otras palabras, se requiere una reconstrucción argumentativa que permita conectar el defecto investigativo con la dimensión afectada del debido proceso, allí radica el principal desafío para quien litiga.

4. Conclusiones

La visión de túnel comienza como un fenómeno cognitivo, pero se trata de un problema de impacto institucional. Sus consecuencias alcanzan el núcleo mismo de las decisiones tomadas en el marco de una investigación penal, pero pueden extenderse a la calidad de la investigación y, con ello, potencialmente comprometer la validez de todo el procedimiento. Más preocupante aún, son aquellos casos en los que una investigación afectada por este defecto acaba con la condena de una persona inocente.

Reconocer la visión de túnel como una amenaza real y frecuente exige revisar tanto las prácticas investigativas como las condiciones institucionales que las sustentan. Ante tal desafío, son diversos los caminos posibles: operacionalizar el principio de objetividad mediante estándares exigibles y verificables de investigación, fomentar una cultura de apertura a hipótesis alternativas, establecer mecanismos eficaces de control que permitan identificar y corregir sesgos antes de que sus consecuencias sean irreversibles, entre otros. Es central garantizar una justicia penal comprometida con la búsqueda de la verdad y el respeto por el debido proceso no solo a través de reglas procedimentales justas, sino también prácticas investigativas epistémicamente responsables.

Por último, evitar los efectos de la visión de túnel no es solo una cuestión de voluntad individual, sino también de diseño institucional. Los distintos actores del sistema de justicia penal deben ser conscientes del fenómeno y sus manifestaciones, para poder anticiparlo, neutralizarlo o corregirlo a tiempo. Innovaciones organizacionales como la revisión cruzada entre pares de investigaciones, el establecimiento de equipos mixtos o rotativos, la segmentación en la toma de decisiones de investigar y acusar, el diseño de protocolos de decisión transparentes y revisables, entre otras ideas, pueden funcionar como mecanismos valiosos para introducir chequeos cruzados y contrapesos internos que fortalezcan la objetividad y atenúen el fenómeno. Fortalecer la calidad de la investigación penal requiere no solo atención a las disposiciones normativas, sino también a los entornos institucionales en que se aplican y a los sesgos que las atraviesan.

En fin, estas reflexiones no buscan agotar el tema, sino invitar a un debate más amplio sobre estándares epistémicos y garantías en la investigación penal. El desafío está planteado: urge repensar cómo investigamos, cómo decidimos y cómo evitamos que los errores se institucionalicen.

Bibliografía

Beltrán, Víctor. "Interceptaciones telefónicas en el caso ProCultura y la crisis de control en el proceso penal". *CIPER Chile*. 21 de mayo de 2021

---. "Litigando visión de túnel: análisis y reflexiones a partir del caso Colina". *Revista Justicia & Derecho* 4, n.º 1 (2021): 1-18.

---. "Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 34 (2021): 17-58. doi:10.5354/0718-4735.2021.60210.

---. "Visión de túnel y persecución penal: Comentario a la sentencia absolutoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina RIT 1-2019". *Revista Justicia & Derecho* 4, n.º 1 (2021): 1-11.

---. "El Ministerio Público y la dirección funcional de las policías: revisitando el modelo". *El Mercurio Legal*. 16 de enero de 2025.

---. "Ministerio Público y principio de objetividad: Lo que se investiga importa, pero cómo se investiga, más". *El Mercurio Legal*. 13 de junio de 2025.

Beltrán, Víctor y Duce, Mauricio. "¿Qué se ha investigado en América Latina sobre condenas e imputaciones erróneas? Una revisión sistemática de la literatura disponible en el periodo 2010-2023". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 10, n.º 1 (2024). doi:10.22197/rbdpp.v10i1.928.

Borchard, Edwin. "European systems of state indemnity for errors of criminal justice". *Journal of Criminal Law and Criminology* 3, n.º 5 (1913): 684-718.

Borchard, Edwin. *Convicting the innocent: errors of criminal Justice*. New Haven: Yale University Press, 1932.

Burke, Alafair. "Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors". *NYU Journal of Law & Liberty* 2, n.º 2 (2006): 512-528.

Castro, Ariel y Diego Andrade. "La influencia de las pruebas criminalísticas en la revisión de sentencias en casos de condenas erróneas en el Ecuador". *Ethos Scientific Journal* 3, n.º 1 (2025): 121-135. doi:10.1007/s10611-019-09859-0.

Charman, Steve, Amy Douglass y Alexis Mook. "Cognitive bias in legal decision making". En *Psychological Science and the Law*, editado por Neil Brewer y Amy Douglass. Nueva York: The Guildford Press, 2019.

Clements, Carl. "Wrongful Conviction and Prosecutorial Misconduct: The Role of Cognitive Bias". *Criminal Justice Ethics* 32, n.º 4 (2013): 334-345.

Cooper, Jessica y Vanessa Meterko. "Cognitive bias research in forensic science: A systematic review". *Forensic Science International* 297, (2019): 35-48.

Duce, Mauricio y Keith Findley. "Editorial of dossier "Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms" - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 8, n.º 2 (2022): 523-566. doi: 10.22197/rbdpp.v7i2.

Dwyer, Jim, Peter Neufeld y Barry Scheck. *Actual innocence: Five days to execution & other dispatches from the wrongly convicted*. New York: Doubleday, 2000.

---. *Actual innocence: When justice goes wrong and how to make it right*. New York: New American Library, 2003.

Findley, Keith y Michael Scott. "The Multiple Dimension of Tunnel Vision in Criminal Cases". *Wisconsin Law Review* 2, (2006): 291-397.

Findley, Keith y O'Brien, Patrick. "Tunnel Vision, Bias, and Wrongful Convictions". *Marquette Law Review* 98, (2014): 291-354.

Findley, Keith. "Innocents at Risk: Adversary Imbalance, Forensic Science, and the Search for Truth". *Seton Hall Law Review* 38, n.º 3 (2008): 893-935.

---. "Tunnel Vision". En *Conviction of the innocent: Lessons from Psychological Research*, editado por Brian Cutler. Washington, D.C.: American Psychological Association, 2012.

Godsey, Mark. *Blind Injustice: A Former Prosecutor Exposes the Psychology and Politics of Wrongful Convictions*. Berkeley: University of California Press, 2017.

Lane, Sean y Kate Houston. "Eyewitness memory". En *Psychological Science and the Law*, editado por Neil Brewer y Amy Douglass. Nueva York: The Guildford Press, 2019.

Macfarlane, Bruce. *Wrongful convictions: The effect of tunnel vision and predisposing circumstances in the criminal justice system*. Toronto: Government of Ontario, 2008.

Medwed, Daniel. *Prosecution complex: America's race to convict and its impact on the innocent*. Nueva York: University Press, 2012.

Mérida, Omar. "Hipótesis y sesgo en la investigación de los fiscales". Tesis de máster, Universitat de Girona, 2023.

Moscatelli, Livia. "La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal". *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio* 5, (2023): 125-155. doi:10.33115/udg-bib/qf.i5.22846.

Nickerson, Raymond. "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises". *Review of General Psychology* 2, n.º 2 (1980): 175-220.

Nisbet, Richard y Lee Ross. *Human interference: Strategies and Shortcomings of Social Judgment*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1980.

Oswald, Margit y Stefan Grosjean. "Confirmation bias". En *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgment and Memory*, editado por Rüdiger Pohl. Londres: Psychology Press, 2004.

Simon, Dan. *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

Tversky, Amos y Daniel Kahneman. "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases". *Science* 185, n.º 4157 (1974): 1124-1131.



DEBIDO PROCESO Y JUSTICIA RESTAURATIVA¹

Luis-Andrés Cucarella Galiana²

Sumario: I. Justicia multinivel y protección de los derechos humanos. 1. Introducción. 2. La CPI como modelo de Justicia multinivel. 3. Delimitación de la investigación. II. Presupuestos para la Justicia restaurativa ante la CPI. 1. Identificación del marco condenatorio en el ámbito criminal. 4. Se requiere la iniciativa de las víctimas: la Fiscalía no ejerce la acción civil derivada del delito ni solicita reparación. 4.1. El proceso ante la CPI solamente da cobertura a la acción penal. 4.2. La Justicia restaurativa tiene lugar tras la emisión de la sentencia. 4.2.1. Las víctimas no pueden solicitar la reparación en el seno del proceso penal, sin perjuicio de su eventual intervención en el mismo. 4.2.2. Momento para la solicitud. III. Ámbito de adecuación de la Justicia restaurativa ante la CPI: coordinadas. 1. Subjetivas. 1.1. Víctima. 1.2. Responsable criminal. 1.3. Órgano jurisdiccional competente. 2. Objetivas. 2.1. La Justicia restaurativa es la garantía de éxito del sistema de Justicia penal universal. 2.2. Medidas adoptables. 2.2.1. Cuestiones generales. 2.2.2. De índole patrimonial. 2.2.2.1. Cuando se trate de organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos en sus bienes. 2.2.2.2. Cuando se trate de personas naturales o sus causahabientes. 2.2.2.3 Fondo fiduciario y reparación patrimonial. 2.2.3. De otra índole, con carácter simbólico, preventivo o valor transformativo. 2.2.3.1. Cuestiones generales. 2.2.3.2. Derecho a conocer la verdad. 2.2.3.3. Petición de disculpas. 2.2.3.4. Actos simbólicos. 3. Procedimentales. 3.1. Llamamiento al procedimiento. 3.2. Tutela cautelar. IV. Bibliografía.

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-122569OB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por "FEDER Una manera de hacer Europa".

² Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València. Miembro del Instituto de Derechos Humanos Universitat de València.

I. Justicia multinivel y protección de los derechos humanos

1. Introducción

Un ámbito que nos preocupa como investigadores en relación con el debido proceso es el papel que en el mismo pueden tener las víctimas de los delitos y cómo se procede a repararlas. En una publicación sobre el proceso penal hemos querido prestar atención al Derecho Penal Internacional y al proceso que se sigue para la exigencia de responsabilidad por la comisión de delitos contra la comunidad internacional. En este contexto, hemos profundizado en cómo se protegen los derechos de las víctimas. Pretendemos aunar el concepto del debido proceso con el de justicia restaurativa.

El Estado social y democrático de Derecho debe aspirar a que la persona sea el eje central y básico de la convivencia y el funcionamiento de las sociedades nacionales³ y de la comunidad internacional. Por este motivo, uno de los conceptos clave que hemos incorporado al título de nuestro trabajo es el relativo a los derechos humanos, ya que consideramos que los mismos deben ser debidamente reconocidos –constitucional y convencionalmente hablando– y, en su caso, eficazmente protegidos en los supuestos de violación. En este contexto, resulta clave el papel del Poder Judicial como garante de los derechos de las personas, ya nos refiramos a derechos fundamentales en el ámbito interno, o a derechos humanos, en el plano internacional⁴. En todo caso, es preciso tener presente que pertenece al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional la protección de estos derechos en caso de violación, así como la limitación, en los supuestos en que sea posible en una sociedad democrática⁵.

Sin embargo, históricamente se ha hablado de la justicia o del papel del poder judicial, vinculado al concepto de soberanía estatal y limitado a resolver los conflictos de Derecho privado, así como a enjuiciar las conductas criminales⁶. No obstante, es evidente que esta concepción claramente restrictiva del poder judicial ha sido superada desde diferentes ámbitos. Por un lado, controlar la legalidad de la actuación administrativa, proteger los textos constitucionales a través de los mecanismos de control de constitucionalidad o el ejercicio del control de convencionalidad para la tutela de los derechos humanos, también son actuaciones propias de la justicia⁷. Precisamente,

3 Al respecto, María Isabel Garrido Gómez, *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho* (Madrid: Dilex, 2007).

4 Sobre la noción de Jurisdicción, Ernesto Pedraz Penalva, "De la Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, en *Constitución, Jurisdicción y proceso* (España: Akal, 1990), 9-42.

5 Manuel Ortells Ramos, "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 3 (1984-85): 471; Manuel Ortells Ramos et al., *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª edición (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2022), 109-129.

6 La atribución al poder judicial de la función de juzgar, viene haciéndose desde que se formuló la teoría clásica de la división de poderes. Es evidente que esta teoría se formuló en un contexto histórico determinado y debe interpretarse en su justa medida. Sobre la misma, Charles Louis Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (España: Ediciones Istmo, 2002).

7 El control de convencionalidad, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, es el gran reto al que se enfrenta la Justicia en la actualidad. En doctrina puede verse, Víctor Bazán, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 18 (2011): 63-104; Luis Andrés Cucarella Galiana, *Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva)* (España: Tirant lo Blanch, 2021); Eduardo Ferrer Mac Gregor y Fernando Silva García, "El control de convencionalidad en la jurisprudencia constitucional", *Parlamento y Constitución: anuario*, n.º 12 (2009): 45-72; Eduardo Ferrer Mac Gregor, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad", *Estudios jurídicos*, n.º 10 (2012): 61-105; y, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", *Urbe et lus: revista de opinión jurídica*, n.º 11 (2013): 27-39; Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoria Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, coord. Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 767-804; Luis Jimena Quesada, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?", *Derecho constitucional europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, coord. Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena y Gurutz Jáuregui Bereciartu (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 285-317; Luis Jimena Quesada, "El control de convencionalidad y los derechos sociales. Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)", *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 22 (2018); Luis Jimena Quesada, "La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 53 (2019); Néstor Pedro Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad. El reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", *Revista de investigações constitucionais* 1, n.º 2 (2014): 23-32.

en materia de protección real y efectiva de este tipo de derechos es donde se ha producido la quiebra de la concepción clásica de la Justicia vinculada a la soberanía territorial, ya que las graves violaciones de derechos humanos acontecidas con ocasión de conflictos bélicos producidos en el siglo pasado provocaron en la comunidad internacional la necesidad de crear dos nuevos niveles de protección jurisdiccional de los derechos humanos. De esta manera, al nivel interno (ordinario, y en su caso constitucional), se le ha adicionado el supranacional que permite la protección directa de derechos humanos frente a los Estados⁸, e indirectamente, exigiendo responsabilidad penal individual por graves delitos contra la comunidad internacional ante la Corte Penal Internacional⁹ (CPI).

2. La CPI como modelo de justicia multinivel

La CPI es un órgano jurisdiccional permanente para exigir responsabilidad penal individual con el objeto de evitar la impunidad de los graves delitos contra la comunidad internacional, puesto que los mismos "constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad"¹⁰.

Sin perjuicio de analizar esta cuestión con mayor profundidad, adelantamos que los delitos competencia de la CPI quedan fijados en el artículo 5 ECPI¹¹. En concreto, en su apartado 1 se indica que "la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", procediéndose en el apartado siguiente, a enumerar los delitos que reúnen esa condición.

La CPI tiene carácter complementario de las jurisdicciones nacionales. De hecho, en el preámbulo ECPI se indica que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales", añadiendo que "la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

El carácter multinivel se aprecia claramente en la regulación de los efectos de cosa juzgada en el artículo 20 ECPI, en la medida en que en los supuestos contemplados en su apartado 3, es

8 Al respecto, es preciso tener presente que el sujeto pasivo en los procesos seguidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Africana, es siempre un Estado, o en su caso, varios, pero no personas naturales.

9 Sobre estos delitos, Juan José González Rus, *Derecho penal español: parte especial*, coord. Manuel Cobo del Rosal (España: Dykinson, 2005), 1191-1202; José Manuel Gutiérrez Delgado, "Delitos contra la comunidad internacional", en *Hacia una Justicia internacional, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999* (España: Ministerio de Justicia, Civitas, Fundación Banco Santander, 2000), 727-752; Héctor Olásolo Alonso, *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales. Dilemas políticos y normativos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017); Casilda Rueda Fernández, *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional* (España: J.M. Bosch, 2001); Josep Maria Tamarit Sumalla, "Título XXIV. Delitos contra la Comunidad Internacional", en *Comentarios al Código Penal español*, dir. Fermin Morales Prats y Gonzalo Quintero Olivares (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 2011-2045.

10 Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, num. 3, A/CONF.183/9.

Al respecto, el artículo 1 ECPI dispone que "se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...).

En relación con esta cuestión, en el preámbulo se afirma que se pretende establecer "una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 1.

11 En doctrina puede verse, Ana Beltrán Montoliu, "El enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 351-382; Nicolas Cabezudo Rodríguez, "Supranacionalidad y justicia penal. La Corte Penal Internacional", *Actualidad penal*, n.º 35 (2003): 871-893; Juan Luis Gómez Colomer, "La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 277-324; Juan Luis Gómez Colomer, *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003).

posible que se pueda quebrar el efecto de cosa juzgada de las sentencias nacionales dictadas para el enjuiciamiento de los delitos que también son competencia de la CPI¹².

3. Delimitación de la investigación

Teniendo presentes las consideraciones anteriores, queremos fijar cuál es el ámbito de la investigación que realizamos en esta obra colectiva dedicada a la Justicia restaurativa¹³. En concreto, queremos analizar la regulación procesal en materia de investigación y enjuiciamiento de delitos contra la comunidad internacional ante la CPI, con el objetivo de identificar hasta qué punto es posible y qué alcance tiene la reparación a las víctimas de estas conductas que implican violaciones graves de Derechos Humanos¹⁴.

Para la realización de este estudio, vamos a proceder a identificar los presupuestos y la regulación normativa que dan cobertura a la eventual reparación que debe otorgarse a las víctimas. Posteriormente, procedemos a delimitar el ámbito de adecuación de la Justicia restaurativa en el procedimiento seguido ante la CPI, añadiendo el análisis de aspectos procedimentales relevantes.

II. Presupuestos para la Justicia restaurativa ante la CPI

1. Identificación del marco normativo

Uno de los aspectos más significativos del ECPI es que se trata de un 'código' que contempla tanto disposiciones materiales como procesales. En esta línea, a la par que enumera y tipifica los delitos competencia de la CPI¹⁵ (arts. 5, 6, 7, 8 y 8 bis ECPI, contempla las disposiciones procesales que deben seguirse para la investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos¹⁶.

En el tema que nos ocupa en nuestra investigación, debemos señalar que el ECPI dedica una disposición normativa a la "reparación a las víctimas". En concreto, nos referimos al artículo 75 ECPI, que se divide en 6 apartados¹⁷. Por otro lado, también es preciso tener presentes las reglas

12
 Luis Andrés Cucarella Galiana, *Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva)*, 456-466.

13
 En general, sobre los retos de la Justicia en este ámbito, Silvia Barona Vilar, "Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo", *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 24 (2009): 76-113; "Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa", *Revista de Derecho Penal*, n.º 26 (2009): 11-53; "Encuentros restaurativos, tránsito de la guerra a la paz ¿instrumento paliativo o reconstructivo?", *Estudios de Derecho* 75, n.º 165 (2018): (ejemplar dedicado a: Guerra y Paz); y, "Claves vertebradoras del modelo de justicia en el siglo XXI", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 32 (2021): 14-45; Franco Conforti, *Estudios para la paz desde el Derecho Penal. Argumentación del hecho jurídico reparable* (Madrid: Dykinson, 2020); y Josep Maria Tamarit Sumalla, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones* (Granada: Comares 2012).

14
 Somos conscientes de que en general, sobre el tema de la Justicia restaurativa el debate doctrinal y legislativo está abierto en muchos frentes. Así, resulta interesante el análisis sobre el ámbito de la mediación penal, o si es conveniente o no la fijación de un *numerus clausus* de casos en los que sea posible, realizado por Silvia Barona Vilar, "Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas", en *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, coord. Cristina Torrado Tarrío y dir. Raquel Castillejo Manzanares (España: La Ley, 2013), 289-354.

15
 En doctrina, Catalina Vidales Rodríguez, "El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 191-218.

16
 Para un examen de la concurrencia de competencias entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales, Marycruz Arcos Vargas, "La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional", en *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000), 435-454.
 Sobre la investigación, Juan Luis Gómez Colomer, "La investigación en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 277-324.

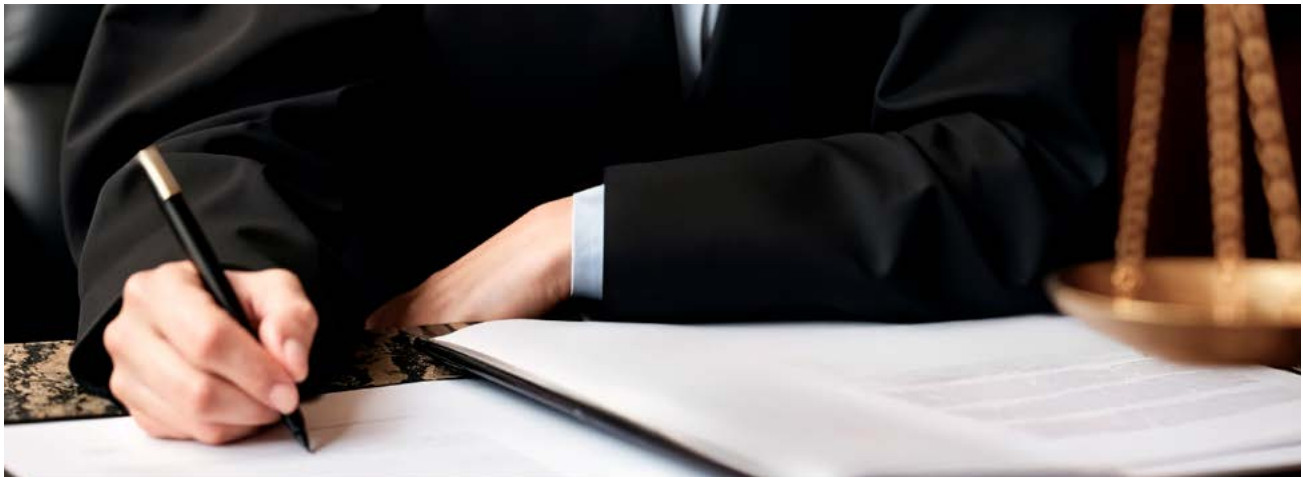
17
 Esta disposición normativa proyecta su eficacia y produce efectos expansivos en otros ámbitos interrelacionados como los relativos al contenido del fallo condenatorio (art. 76 ECPI); Fondo Fiduciario para la indemnización de las víctimas (art. 79 ECPI); legitimación de las víctimas para apelar (art. 82 ECPI), o en supuestos de reducción de la pena (art. 110 ECPI).

94-99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPPCPI), que bajo el epígrafe "reparación a las víctimas" desarrollan los aspectos procedimentales. Por último, también es preciso tener presente la norma 88 del Reglamento CPI (RCPI) de 26 de mayo de 2004.

2. La Jurisdicción de la CPI debe activarse

A los efectos de aplicar el artículo 75 ECPI sobre reparación a las víctimas, el presupuesto indispensable es que la jurisdicción de la CPI se active. Para ello, es preciso tener en cuenta que los sujetos legitimados para denunciar hechos ante la CPI son los enumerados en el artículo 13 ECPI, entre los cuales, se encuentran los Estados partes (art. 13 *a*) en relación con el art. 14 ECPI) y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (art. 13 *b*) ECPI). Sin perjuicio del inicio de oficio por la Fiscalía de la CPI (art. 13 *c*) en relación con el art. 15 ECPI¹⁸).

El ECPI no legitima a las víctimas para que puedan provocar el inicio del procedimiento ante la CPI (art. 53.1 ECPI). De igual manera, las víctimas no tienen legitimación activa para el ejercicio de la acción penal. De hecho, en este ámbito existe un monopolio en cuanto en su ejercicio en favor de la Fiscalía de la CPI¹⁹ (art. 42.1 en relación con el art. 61.1 ECPI). Ahora bien, la CPI aspira a que la participación de las víctimas en el procedimiento pueda tener lugar lo más pronto posible²⁰. Así, es preciso tener presente que, aunque no puedan formalmente denunciar, ni tampoco ser parte en el proceso penal, sí pueden comunicar hechos a la Fiscalía para que sea ésta la que, de oficio, decida iniciar una investigación preliminar. Por otro lado, una vez que la jurisdicción de la CPI está activada, las víctimas pueden participar en el procedimiento, previéndose su llamamiento a los



18
 En los supuestos en que el procedimiento se pretenda poner en marcha por denuncia de un Estado parte o de oficio por la Fiscalía de la CPI es preciso que los hechos se hayan cometido en el territorio de un Estado que sea parte, o por un nacional de un Estado parte (art. 12 ECPI).

No obstante, hay que dejar a salvo dos excepciones:

1ª. Que un Estado que no sea parte en el ECPI realice una atribución *ad hoc* de competencia a la CPI. Al respecto, el art. 12.3 ECPI dispone que "si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX".

2ª. Que se realice una ampliación de la competencia de la CPI por actuación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Nos referimos al supuesto de ampliación de la ejecución de la competencia de la CPI en los asuntos remitidos por el Consejo de Seguridad según lo previsto en el art. 13 *b*) ECPI y al amparo de lo previsto en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 12 ECPI, la CPI ejerce jurisdicción en el territorio de los Estados partes, sin que, en principio, pueda extenderla más allá. No obstante, estos límites presentan matices a realizar. En primer lugar, siempre queda a salvo la posibilidad de que se active la Jurisdicción universal de la Corte por remisión de asunto por parte del Consejo de Seguridad Naciones Unidas. En segundo lugar, la CPI también ejerce jurisdicción de acuerdo con el principio de personalidad activa, por lo que el de territorialidad no se tiene en cuenta en este caso. Por último, hay que tener presente la posibilidad de que un Estado acepte puntualmente la competencia de la Corte. Téngase en cuenta, Begoña Vidal Fernández, *Introducción al Derecho Procesal* (España: Tecnos, 2017), 163.

19
 En doctrina, Andrea Planchadell Gargallo, "El Fiscal ante la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 163-188.

20
 Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional* (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), 113, afirma que "la Corte declaró la importancia de que las víctimas tuvieran participación en el proceso en el momento más temprano posible (ICC-02/11-6, SCP III, de 6 de julio de 2011)".

efectos de que puedan hacer valer sus derechos e intereses²¹.

3. Debe haber un pronunciamiento condenatorio en el ámbito criminal

El artículo 75 ECPI vincula la reparación a las víctimas con el hecho de que haya persona condenada (véase apartados 2 y 3) o que “una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia” (apartado 4). De esta manera, sin una condena, no puede iniciarse el procedimiento para la reparación a las víctimas ante la CPI. En su caso, la sentencia que se dicte, en el caso de ser condenatoria, se pronuncia exclusivamente sobre la responsabilidad penal del acusado (art. 74 ECPI). Ahora, bien, si no se emite este tipo de sentencia, no puede ponerse en marcha el posterior incidente de reparación a las víctimas.

4. Se requiere la iniciativa de las víctimas: la Fiscalía no ejerce la acción civil derivada del delito

4.1. El proceso ante la CPI solamente da cobertura a la acción penal

Hemos señalado que la Fiscalía tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal, ya que ni los Estados partes ni el Consejo de Seguridad pueden ser partes acusadoras (art. 42.1 en relación con el art. 13 ECPI). Así, la audiencia de confirmación de cargos no va dirigida a concretar peticiones de carácter reparatorio (art. 61 ECPI).

4.2. La Justicia restaurativa tiene lugar tras la emisión de la sentencia



21 Esta participación es posible en diferentes supuestos. Así, de acuerdo con la regla 92.2, cuando la Fiscalía decida no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento (art. 53 ECPI). No hay que pasar por alto que una de las razones que puede llevar a la Fiscalía a tomar esta decisión es que el enjuiciamiento “no redundaría en interés de la justicia” teniendo en cuenta, entre otros factores “el interés de las víctimas”.

De igual manera, las víctimas deben ser llamadas a la audiencia de confirmación de cargos a los efectos de que puedan solicitar su participación en la fase de enjuiciamiento (regla 92.3).

En doctrina es controvertida la naturaleza de la intervención de las víctimas en el proceso penal. El hecho de que el ECPI las califique de “participantes” y no como “partes” genera esta controversia. Por este motivo, se llega a sostener que solamente adquieren la condición de parte una vez que se aplique el art. 75 ECPI en el incidente de reparación. Véase en este sentido, Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 102.

Nosotros s consideramos que la intervención de las partes en el proceso penal puede verse desde otra perspectiva. Es cierto que la Fiscalía tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, las víctimas participan en el proceso penal seguido ante la CPI, y, de hecho, pueden, con determinados condicionantes, proponer pruebas relacionadas con la culpabilidad del acusado, impugnar las de las partes penales, interrogar al acusado, peritos o testigos, y realizar alegaciones iniciales y conclusiones (Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 117-146). Es cierto que hay un fuerte control del tribunal, que debe autorizar estas actuaciones, pero procesalmente hablando, estos actos evidencian que las víctimas tienen una participación en el proceso penal que, si se nos permite la extrapolación, sería como una intervención adhesiva simple. Desde nuestro punto de vista, el papel de la víctima es el de coadyuvante en materia criminal y parte en el ámbito civil. Es decir, criminalmente no puede provocar el inicio del proceso ni sostener la acusación, pero puede coadyuvar a la Fiscalía, sin perjuicio de que es parte en el proceso a los efectos de hacer valer su derecho a la reparación.

4.2.1. Las víctimas no pueden solicitar la reparación en el seno del proceso penal, sin perjuicio de su eventual intervención en el mismo

Las víctimas tienen la posibilidad de personarse en el proceso penal si lo consideran oportuno²². De hecho, el Estatuto (véase art. 98 ECPI) y la jurisprudencia de la CPI potencian la participación de las víctimas en el procedimiento. Sin embargo, dicha participación no se permite con el objeto de que ejerciten una eventual acción civil derivada del delito, incluso de acuerdo con la denominación en inglés que les da el Estatuto, un sector de la doctrina le otorga la condición de “participantes”, no de parte²³.

En el caso en que se decidan personarse durante la pendencia del procedimiento penal, la solicitud de personación no se entiende como solicitud de reparación. No obstante, sí que permite la adquisición del estatus de víctima y su identificación, lo que implica que estos aspectos ya están resueltos para el posterior incidente de reparación²⁴.

Por otro lado, dado que este trámite de atribución individualizada del estatus de víctima en el proceso penal puede ser muy gravoso en el caso en que exista un número masivo de víctimas, la CPI ha permitido que dicho colectivo pueda personarse a través de un único abogado, sin necesidad de que se realice un análisis pormenorizado de los requisitos para ser considerada víctima en este momento procesal²⁵.

4.2.2. Momento para la solicitud

Como ya hemos anticipado, el momento en el que la víctima adquiere gran protagonismo a efectos de la reparación es tras la emisión de la sentencia condenatoria.

Para obtener la reparación, la víctima debe presentar una solicitud de reparación conforme a la regla 94 y a la norma 88. Ahora bien, nos podemos encontrar con tres situaciones:

1ª. Que la víctima ya tenga reconocido su estatus en el proceso penal previo. En este caso, ya se

22 La solicitud de personación puede presentarse desde el mismo inicio de las investigaciones preliminares, hasta el momento del juicio oral. Dicha solicitud puede ser individual o colectiva. De hecho, es posible la presentación de solicitudes o formularios colectivos, con el objeto de dar solución procedimental a la intervención de miles de víctimas en el proceso (véase, Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 9295).

La solicitud de participación debe dirigirse a la Sala ante la que penda el asunto, ya sea la de Cuestiones Preliminares o la de Primera Instancia. En este sentido, la regla 89 dispone que “las víctimas para formular su opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita la Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda”. De hecho, la regla 89.1, al regular la participación de las víctimas en el proceso, dispone que “las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda”.

23 Al respecto, Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 102, sosteniendo que la víctima pasa a ser parte una vez se ponga en marcha el incidente de reparación.

Nosotros creemos que puede hacerse un esfuerzo investigador y considerar que las víctimas que intervienen en el proceso penal lo hacen a los efectos de coadyuvar a la Fiscalía, dado el interés jurídico que tienen en que la sentencia sea condenatoria, en la medida en que, sin condena, no hay derecho a la reparación. Es por ello que, con las limitaciones que fija la CPI, las víctimas actúan como coadyuvantes de la Fiscalía. De hecho, pueden proponer prueba o participar en la prueba propuesta por las partes, aunque supeditado a la autorización en cada caso por para de la Sala.

24 A los efectos de la participación, la Secretaría de la CPI ha elaborado un modelo tipo de solicitud, que pone a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que colaboren en su difusión de la manera más amplia posible (norma 86. 1). En el tema que nos interesa, destacamos que en dicho formulario, entre otros aspectos, debe constar “una descripción de los daños sufridos a consecuencia de cualquier delito cometido dentro de la jurisdicción de la Corte o, en caso de que la víctima sea una organización o institución, una descripción de los daños directos según se describe en el literal b) de la regla 85 (norma 86 2 c); “información acerca de los motivos por los cuales se han visto afectados los intereses personales de la víctima” (norma 86.2 f); “información sobre la etapa del procedimiento en la que la víctima desea participar y, de ser aplicable, la reparación que pretende obtener” (norma 82.2 g).

25 Así ocurrió en los casos de Kenia, Prosecutor vs. Ruto y Sang y Prosecutor vs. Muthaura y Kenyatta, tal y como analiza Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 95-99.

Por su parte, en la nota 99, p. 98 afirma que “el procedimiento de acceso de la víctima a través del formulario y posterior valoración del mismo por la Corte ha sido criticado por complejo, tedioso e incluso frustrante para la propia víctima”.

realizó el control de cumplimiento de los requisitos, sin que se deba proceder a hacerlo de nuevo en el incidente de reparación.

2ª. Que la víctima se personara en el proceso penal a través de abogado único, pero sin intervenir personalmente en el proceso. En este caso es preciso proceder a identificar de manera completa y exhaustiva a la misma, en la medida en que es preciso concretar quienes tienen derecho a la reparación²⁶.

3ª Que la víctima se persone directamente en el incidente de reparación sin haber participado previamente en el proceso penal de ninguna manera. En este supuesto, obviamente, también deberá procederse a verificar el cumplimiento de los requisitos. Es importante que destaquemos que no es *condición sine qua non* para tener derecho a la reparación que la víctima haya solicitado el reconocimiento de su estatus como tal en el proceso penal previo.

III. Ámbito de adecuación de la Justicia restaurativa ante la CPI: coordinadas

1. Subjetivas

1.1. Víctima

Tienen la consideración de víctimas en el procedimiento seguido ante la CPI, los siguientes sujetos: 1º. Personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte (Regla 85 a); 2º. Organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales (Regla 85 b).

Como puede verse, en este último supuesto se especifica que las organizaciones o instituciones para ser consideradas como víctimas deben haber sufrido un daño "directo" y de carácter "patrimonial". Por lo tanto, puede inferirse que, en el caso de las personas naturales, al no realizar las distinciones, el daño puede ser indirecto y, y no necesariamente patrimonial. De hecho, así se sostiene en la jurisprudencia de la CPI que indica que ese daño "incluye tanto el físico, como el económico y el psicológico o emocional"²⁷.

Por otro lado, aunque la regla 85 a) no menciona expresamente a los causahabientes, no hay que perder de vista que el daño que se puede sufrir para ser considerado como víctima, también puede ser indirecto. Por lo tanto, una integración de esta regla, junto con el artículo 75.1 ECPI, permite sostener que los causahabientes son víctimas indirectas, tienen legitimación para

²⁶ Sobre esta cuestión nos parecen muy interesantes las palabras de Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 98-99 en donde afirma que "distinto será, desde luego, cuando estemos en la fase de reparación, donde sí habrá que valorar cuidadosamente quien es acreedor a la misma. Por ello la decisión no comentada tal vez implique únicamente retrasar el momento de hacer el trabajo (pues normalmente, todas las víctimas que desean participar, desean también ser reparadas); sin embargo, la nueva doctrina aliviará de trabajo a muchas secciones del Tribunal y sin duda contribuirá a la racionalización de los medios humanos y materiales con los que cuenta la Corte, si quiere sea, hasta el momento del dictado de una sentencia que, en el caso de ser absolutoria, no demandaría la apertura de la pieza de reparación".

²⁷ Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 88-89, en donde recoge la decisión ICC/02/05-111, SCPI, 14 diciembre 2007, párrafo 30.

De igual manera, indica que esta interpretación ha sido confirmada por la Sala de Apelaciones en decisión ICC-01/04-01/06-1432, 11 abril 2008, párrafo 1.

intervenir en el procedimiento y, por lo tanto, pueden ser reparados²⁸.

1.2. Responsable criminal

La CPI tiene competencia para el enjuiciamiento de conductas de personas naturales²⁹, y obviamente, que no hayan fallecido. Así se desprende con carácter general del artículo 1 ECPI en que se indica que "se instituye por el presente una Corte Penal Internacional [...]. La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas [...]"³⁰.

Desarrollando esta previsión, el artículo 25.1 ECPI añade que "de conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales". De esta manera, la posición pasiva en el eventual proceso que pueda seguirse ante la CPI la ocupa una o varias personas, nunca el Estado en el que se hayan cometido esos hechos, o de donde sean naturales los responsables criminales. Por lo tanto, las personas naturales a las que se les imputen hechos competencia de la CPI son las responsables de la reparación a las víctimas si finalmente son condenadas. No obstante, las consideraciones que realizamos no empecen otro tipo de responsabilidades que puedan exigirse a los Estados conforme al Derecho Internacional.

La persona que cometa alguno de los delitos mencionados en el artículo 5 ECPI será penalmente responsable y puede ser juzgada y condenada de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2 ECPI³¹. A su vez, de conformidad con lo previsto en la regla 98.1 "las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado"³².

Por otro lado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 ECPI "la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen"³³. Por lo tanto, en la medida en que los menores de dieciocho años no son sujetos del proceso seguido ante la CPI, tampoco serán los sujetos pasivos de un eventual procedimiento de reparación a las víctimas, sin perjuicio de exigir las correspondientes responsabilidades ante la Jurisdicción nacional competente³⁴.

²⁸ Este planteamiento ha llevado a la CPI a reconocer que las personas fallecidas pueden ser consideradas víctimas, y más en concreto, sus sucesores pueden ser reparados. Al respecto, Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 90, en donde afirma que "los fallecidos no dejan de ser víctimas por tal motivo y que sus sucesores pueden ejercitar los derechos de sus finados (ICC-01/05-01/08/320, 12 diciembre de 2008, párrafos 39 y ss.)".

Sin embargo, los problemas interpretativos se han planteado en relación con las víctimas indirectas en los casos en que se exige responsabilidad penal a un sujeto y los daños son causados por terceras personas, en concreto, niños soldados reclutados por el acusado (decisión ICC-01/04-01/06-1813, SPI I, 8 abril 2009, párrafos 44-52. Así lo pone de manifiesto Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 90-91, en relación con el caso Lubanga y el reclutamiento de niños soldados por el acusado.

²⁹ En doctrina, Héctor Olásolo Alonso, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 159-208; Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, *en homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013); e, *Introducción al Derecho Internacional Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 113-162.

³⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 1.

³¹ El apartado siguiente enumera una serie de conductas o actuaciones determinantes de participación en los hechos delictivos, que merecen reproche penal internacional.

También permite completar esta delimitación subjetiva, el artículo 28 ECPI que regula la responsabilidad en que puedan incurrir jefes militares y otros eventuales superiores.

³² En todo caso, rige el principio general de irretroactividad *ratione personae* previsto en el artículo 24 ECPI. Por lo tanto, "nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor" (apartado 1). En el caso en que hubiera una modificación del Derecho aplicable "a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena" (apartado 2).

³³ En doctrina, Héctor Olásolo Alonso y Enrique Carnero Rojo, "Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional", *Revista de derecho Penal y Criminología*, n.º 3 (2012): 113.

³⁴ En este sentido consideramos que adquiere sentido el art. 75.6 ECPI al disponer que "nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo a derecho interno (...)".

A su vez, hay que añadir que el artículo 27 ECPI fija un criterio clave en la delimitación subjetiva de la competencia de la CPI. En concreto, el ECPI se aplica por igual a todas las personas, sin distinción de ningún tipo basada en el eventual cargo oficial que pudiera ocupar el presunto responsable de los crímenes³⁵. De igual manera, hay que inferir que ese cargo o posición tampoco le exime de la obligación de reparación a las víctimas³⁶.

1.3. Órgano jurisdiccional competente

La Sala de Primera Instancia es el órgano competente para la fijación de la reparación a las víctimas y la concreción de su alcance. Así se desprende del hecho de que la vista para la reparación puede desarrollarse de manera conjunta a la vista para la imposición de la pena, o en otra diferente³⁷.

2. Objetivas

2.1. La Justicia restaurativa es la garantía del éxito del sistema de Justicia penal universal

Referencias indirectas a los delitos cuya investigación y enjuiciamiento son competencia de la CPI podemos encontrar en el preámbulo del Estatuto. Así, por ejemplo, se indica que esos "graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad". De igual manera, y por dos veces en el mismo preámbulo se indica que se trata de graves crímenes que tienen trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto³⁸, respecto de los cuales debe evitarse la impunidad³⁹.

Si atendemos a la regulación normativa propiamente dicha, el artículo 1 ECPI indica que los delitos competencia de la CPI son "los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto". El artículo 5 indica que "la competencia de la Corte

³⁵ En particular, hace referencia a los cargos de Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de Gobierno o parlamento, o representante elegido o funcionario del gobierno, indicando que en ningún caso esa condición les eximiría de responsabilidad penal ni tampoco constituye *per se*, motivo para reducir la pena (art. 27.1 ECPI).

³⁶ Por otro lado, queremos destacar el contenido del apartado 2 en que se prevé que "las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. En doctrina, Jorge Cardona Llorens, "La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 98-102; María José Cervell Hortal, *Genocidio, responsabilidad internacionales e inmunidad de los jefes de Estado* (España: lustel, 2013); Luis Andrés Cucarella Galiana, *Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva)*, 356-358; Héctor Olásolo Alonso, *Derecho internacional penal, Justicia transicional y delitos transicionales: dilemas políticos y normativos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 165-198.

³⁷ A los efectos de celebrar la audiencia para la reparación, el magistrado que presida la Sala debe fijar la fecha para la audiencia (regla 143). Esta fecha puede aplazarse, en circunstancias excepcionales, por la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal, la defensa o los representantes legales de las víctimas que participen en las actuaciones con arreglo a lo dispuesto en las reglas 89 a 91. También, a instancia de las víctimas que hayan presentado una solicitud de conformidad con la regla 94. Este órgano jurisdiccional debe emitir dos tipos de pronunciamientos relacionados con la reparación. En primer lugar, debe fijar los principios aplicables para la futura reparación. Esta fijación se hace como regla general a instancia de parte determinando "en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda" (art. 75.1 ECPI). En este trámite debe prestarse necesariamente audiencia a las víctimas.

En segundo lugar, fijación de la orden de reparación, con la concreción de las medidas impuestas. También en este supuesto debe prestarse audiencia previa a las víctimas.

En general, sobre la CPI, María Ángeles Pérez Cebadera, "La organización y competencia de la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coord. Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 139-161.

³⁸ Véase en este sentido, párrafos 5 y 10.

³⁹ Véase párrafo 6.

se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". En concreto, los mismos son: crimen de genocidio (art. 6 ECPI); crímenes de lesa humanidad, (art. 7 ECPI); crímenes de guerra (art. 8 ECPI); crimen de agresión (art. 8 bis ECPI)⁴⁰. En todo caso, es preciso indicar que la "gravedad" condiciona el inicio de la investigación⁴¹.

Ahora bien, a pesar de ser delitos que comprometen la paz y la seguridad, el ECPI y la jurisprudencia de la CPI permiten e impulsan la Justicia restaurativa. Al respecto, podemos destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la decisión ICC 01/04-01/06-8, 24 de febrero 2006, párrafo 136, subraya la importancia del sistema de reparación, indicando que es un parámetro esencial para poder garantizar el éxito del sistema de Justicia penal internacional. En concreto, afirma:

En opinión de la Cámara, el sistema de represalia previsto en el Estatuto no es sólo una de sus características únicas. También es una característica clave. En opinión de la Sala, el éxito de la Corte está, en cierta medida, vinculado al éxito de este sistema de reparación.⁴²

El carácter reparador de esta modalidad de Justicia está muy presente en los pronunciamientos de la CPI, ya que es preciso evitar la repetición de este tipo de conductas, y promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas y las comunidades afectadas. En este sentido, nos resulta muy interesante la resolución de la Sala de Enjuiciamiento I, ICC 01/04-01/06-2904, 7 de agosto 2012, párrafo 177:

Las reparaciones en el presente caso deben –en la medida de lo posible– aliviar el sufrimiento causado por estas ofensas; hacer justicia a las víctimas aliviando las consecuencias de los hechos ilícitos; disuadir futuras violaciones; y contribuir a la reintegración efectiva de los ex niños soldados. Las reparaciones pueden ayudar a promover la reconciliación entre el condenado, las víctimas de los crímenes y las comunidades afectadas.⁴³

2.2. Medidas adoptables

2.2.1. Cuestiones generales

Llegados a este punto de nuestra investigación, pretendemos identificar las medidas de reparación a las víctimas que pueden adoptarse al amparo de lo previsto en el artículo 75 ECPI. Para su identificación, debe tenerse presente su apartado 1, en el que se dispone que "la Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes [...]"⁴⁴.

También es preciso completar esta regulación con el desarrollo que se hace en la regla 94 RPP al establecer cuál es el contenido del escrito que presente la víctima solicitando la reparación. En concreto:

⁴⁰ Por otro lado, debemos indicar que la CPI también tiene competencia para los delitos conexos contra la Administración de Justicia que puedan cometerse con ocasión de la investigación y enjuiciamiento de los delitos competencia de la CPI (art. 70 CPI). En la medida en el artículo 75 ECPI no discrimina según los delitos competencia de la CPI, hay que entender que la reparación a las víctimas de este tipo de delitos también es posible.

⁴¹ De hecho, entre las cuestiones de admisibilidad se contempla que el asunto no "sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte" (art. 17. 1 d) ECPI). Por lo tanto, la reparación a las víctimas será posible en los casos en que el asunto penal revista gravedad en los términos indicados. Todo ello sin perjuicio del derecho de las víctimas a ser reparadas en el ámbito interno (art. 756 ECPI).

⁴² Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decisión ICC 01/04-01/06-8*, 24 de febrero 2006, párr. 136.

⁴³ Corte Penal Internacional, Sala de Enjuiciamiento I, *Resolución ICC 01/04-01/06-2904*, 7 de agosto 2012, párr. 177.

⁴⁴ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 75.

[...] la solicitud [...] incluirá los pormenores siguientes: a) La identidad y dirección del solicitante; b) Una descripción de la lesión o los daños o perjuicios; c) El lugar y la fecha en que haya ocurrido el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por la lesión o los daños o perjuicios; d) Cuando se pida la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles, una descripción de ellos; e) La indemnización que se pida; f) La rehabilitación o reparación de otra índole que se pida; g) En la medida de lo posible, la documentación justificativa que corresponda, con inclusión del nombre y la dirección de testigos.⁴⁵

Varias consideraciones pueden derivarse de la interpretación e integración de estos preceptos, junto con la regla 85 RPP que concreta el concepto de víctima que ya hemos estudiado.

2.2.2. De índole patrimonial

2.2.2.1.Cuando se trate de organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos en sus bienes

La adopción de medidas reparatorias de carácter patrimonial es posible a la vista de las disposiciones normativas que hemos identificado. El artículo 75, apartados 1 y 2, incluye entre las medidas de carácter patrimonial, la "restitución" y la "indemnización"⁴⁶. Cuando se trate de reparar a estos sujetos, la solicitud de reparación solamente puede ir encaminada:

1º) A la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles (art. 75 ECPI en relación con las reglas 85 d y 94.1 d⁴⁷).

2º. Solicitud de una indemnización (art. 75 ECPI en relación con las reglas 85 e) y 94 e), entendiendo que el daño que puede repararse es el material.

2.2.2.2.Cuando se trate de personas naturales o sus causahabientes

La restitución e indemnización también son posibles. En este último caso, también en la decisión ICC-01/04/06-2904, la Sala de Primera Instancia I, de 7 de agosto de 2012 indica que puede entenderse como

el abono a la víctima de una cantidad de dinero, a cuantificar dependiendo del daño sufrido, que incluye los siguientes conceptos: daño físico, daño moral, daño material –pérdida de ingresos y oportunidades de trabajo, pérdida o daño en propiedades, salarios impagados, pérdida de ahorros u otros relacionados con la posibilidad de desarrollar un trabajo–, pérdida de oportunidades –de trabajo, educacionales y sociales, pérdida de status social o de derechos–, costes –legales, médicos, sociales o de otro tipo–.⁴⁸

Todo ello sin perjuicio de que se puede solicitar también la reparación de perjuicios indirectos de carácter patrimonial.

45 Corte Penal Internacional, *Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional* (La Haya: Corte Penal Internacional, 1998), regla 94, https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-SPA.pdf.

46 Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 155, nota 135.

47 Como indica la doctrina. Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 155, en el año 2012 la CPI dictó la primera resolución de conformidad con lo regulado en el artículo 75.1 ECPI. En concreto, en la decisión ICC-01/6-2904, SPI I, 7 agosto 2012, concretó que la restitución "implica reponer a la víctima en sus circunstancias anteriores a que el delito se cometiera" (párrs. 223-225).

48 Tomamos esta referencia de Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 155, nota 135, párrs. 226-231.

2.2.2.3.Fondo fiduciario y reparación patrimonial

La CPI puede acordar que la reparación a las víctimas se haga por medio del fondo fiduciario⁴⁹. Así, puede ocurrir cuando el condenado no se haga cargo de la reparación. En concreto, el artículo 75.2 *in fine* ECPI dispone que "cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79". Este artículo dispone la existencia de un fondo fiduciario "en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias". Ese fondo se puede nutrir por diferentes vías:

- a. Multas impuestas al condenado (art. 79.2 ECPI⁵⁰).
- b. Decomiso de bienes (art. 79.2 ECPI⁵¹).
- c. Cantidades impuestas al condenado en órdenes de reparación.

2.2.3. De otra índole con carácter simbólico, preventivo o valor transformativo

2.2.3.1. Cuestiones generales

Como hemos analizado, el artículo 75 ECPI enumera una serie de medidas reparatorias, entre las que se incluyen "la restitución, la indemnización y la rehabilitación". La duda interpretativa que podría surgir es si la rehabilitación de este artículo es solamente de carácter patrimonial, al incluirse junto con otras que sí tienen esa naturaleza como la indemnización y la restitución.

Sin embargo, el RPP nos permite resolver esta cuestión indicando que la rehabilitación puede ser de cualquier índole. De hecho, la regla 94.1 distingue claramente, en letras diferenciadas, las medidas de "restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles" (letra d); "indemnización" (letra c) y "la rehabilitación o reparación de otra índole" (letra f). Es decir, es posible entender que

49 Esta decisión se puede adoptar en tres supuestos (regla 98): cuando la reparación se haya dictado en favor de personas naturales o sus causahabientes si en ese momento resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima (regla 98.2); cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo (regla 98.3); cuando la reparación sea acordada en beneficio de una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.

50 De conformidad con lo previsto en la regla 98.5 "con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas".

51 Vid. nota anterior.
En estos dos supuestos, antes de dictar una orden de conformidad con el párrafo 2 del artículo 79, la Sala podrá pedir a los representantes del Fondo que le presenten observaciones escritas u orales (regla 148).

la rehabilitación que puede solicitarse puede ser de índole diferente a la patrimonial⁵².

En este sentido, en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga*, en la *Order for Reparation pursuant article 75 of the Statute* (No. ICC-01/04-01/07⁵³) la Corte especifica, en el párrafo 297, que la reparación de las víctimas no tiene que limitarse a las formas establecidas en el artículo 75.1 del Estatuto de Roma; la restitución, la compensación y la rehabilitación, sino que puede adoptar otras formas como las simbólicas, preventivas o con valor transformativo⁵⁴.

2.2.3.2. Derecho a conocer la verdad

Es importante que destaquemos que la CPI ha reconocido que las víctimas tienen "el derecho a conocer la verdad". De hecho, el artículo 68.3 ECPI permite la participación de las víctimas en el procedimiento cuando haya una afectación de "sus intereses personales". Pues bien, en la ICC-02/04-101, SCP II, 10 agosto 2007, párr. 98, la CPI establece que el derecho a conocer la

⁵² Si atendemos a la jurisprudencia, en la condena emitida por la CPI contra Thomas Lubanga Dyilo por crímenes de guerra, la Corte concretó qué medidas de reparación se pueden entender incluidas en el concepto de "rehabilitación". Así se hizo en la decisión ICC-01/04-01/06-2904, 7 agosto 2012. En concreto, la restauración a las víctimas puede tener lugar otorgándole el "acceso a servicios médicos, psicológicos y sociales" (párrs. 232-236). De igual manera, se considera también como reparatorio "el propio veredicto y la sentencia, la realización de campañas de concienciación e información sobre el juicio y su resultado, y la petición de perdón por parte del condenado" (párrs. 237-241). Véase, Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 155, nota 135.

En este ámbito es realmente significativa la construcción jurisprudencial en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en torno al concepto de "reparación integral". En doctrina puede verse, Mauricio López Cárdenas, "Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 11, n.º 2 (2009): 301-334; Pablo Andrés Padrón Espinoza et al., "El derecho a la verdad como mecanismo idóneo de reparación integral", *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 5, n.º 8 (2020): 274-295; Andrés Rousset Siri, "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 1 (2011): 59-79.

Un ejemplo de medidas reparatorias de toda índole adoptadas en una sentencia en la que se exige responsabilidad internacional a un Estado por delitos de lesa humanidad podemos encontrar en la sentencia de 24 de febrero de 2011, *caso Gelman versus Uruguay*. Destacamos las siguientes medidas impuestas:

"8. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
9. En un plazo razonable, el Estado debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea, de conformidad con los párrafos 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia.
10. El Estado debe continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación, de conformidad con los párrafos 259 y 260 de la Sentencia.
11. El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.
12. El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia.
13. El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la Sentencia.
14. El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia.
15. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay, de conformidad con el párrafo 278 de la Sentencia.
16. El Estado debe adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales, de conformidad con los párrafos 274, 275 y 282 de la Sentencia.
17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma.
18. Conforme a lo establecido en la Convención, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma, debiendo el Estado rendirle, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto".

⁵³ Se puede acceder al documento en el siguiente enlace: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05121.PDF

⁵⁴ Al respecto, sostiene: "The Chamber recalls that the modalities of reparations are not confined to those set down in article 75(1) of the Statute: restitution, compensation and rehabilitation. It may transpire that other modalities of reparations are appropriate, for instance, those of symbolic, preventative or transformative value."

verdad "determina su interés personal en el resultado del procedimiento"⁵⁵. Por lo tanto, si existe el derecho a conocer la verdad, dicho derecho deberá ser atendido en los pronunciamientos de carácter reparatorio.

2.2.3.3. Petición de disculpas

En la orden de reparación No. ICC-01/12-01/15 de 17 de agosto de 2017⁵⁶, *the Prosecutor v. Ahmad al Faqi Al Mahdi*, la CPI indica, en el párrafo 71, que las víctimas deberían conocer la petición de disculpas que realizó el acusado durante el juicio. De esta manera, se dispone que se elabore un video de ese fragmento del juicio para subirlo a la página web de la CPI con la traducción a las lenguas que principalmente se hablan en Timbutku. De igual manera, se contempla que si las víctimas desean recibir una copia de la disculpa en una lengua que entiendan, se les debe facilitar⁵⁷.

En el caso the Prosecutor v. Germain Katanga, en la Order for Reparation pursuant article 75 of the Statute (No. ICC-01/04-01/07⁵⁸), en el párrafo 315 se indica que el acusado puede contribuir a los procesos de reparación mediante una disculpa voluntaria individual o colectiva a los grupos de víctimas, ya sea pública o confidencial⁵⁹. De hecho, en el párrafo 318 añade que dichas disculpas pueden realizarse de manera individualizada por carta, en una ceremonia de reconciliación o públicamente⁶⁰.

2.2.3.4. Actos simbólicos

A título de ejemplo, en la orden de reparación nº ICC-01/12-01/15, de 17 de agosto de 2017⁶¹, *the Prosecutor v. Ahmad al Faqi Al Mahdi*, la CPI reconoció, por una parte, las reparaciones individuales a las víctimas que han sufrido daños morales a través de compensaciones, mientras que las reparaciones colectivas pueden incluir medidas simbólicas, como por ejemplo, una ceremonia

⁵⁵ Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 155.

⁵⁶ Se puede acceder al documento en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1803eb94b.pdf>

⁵⁷ En concreto dispone: "'The Chamber does not consider that a further apology above and beyond what Mr Al Mahdi has already given to be necessary. However, as a symbolic measure to ensure that all victims have access to Mr Al Mahdi's apology, the Chamber orders the Registry to produce an excerpt of the video of Mr Al Mahdi's apology and post it on the Court's website with the corresponding transcript translated into the primary languages spoken in Timbuktu. If any of the victims wish to receive a hard copy of the apology in a language they fully understand and speak, the Registry shall make this available to them upon request. Further ways of using Mr Al Mahdi's existing apology may be advanced by the TFCV during the implementation phase of the present order."

⁵⁸ Se puede acceder al documento en el siguiente enlace: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05121.PDF

⁵⁹ Así, afirma: "The Chamber notes that an accused person may contribute to the reparations process by way of a voluntary apology to individual victims or to groups of victims, on a public or confidential basis".

⁶⁰ En concreto afirma: "Accordingly, the Defence is directed to approach the TFCV so as to discuss the contribution of Mr Katanga, should that be his desire, to the modalities of reparations, which for instance, could be by way of a letter of apology, public apologies, or the holding of a ceremony of reconciliation once he has served his sentence."

Puede citarse también como ejemplo, En la orden de reparación ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo se establece que las medidas tienen que dirigirse a paliar la vergüenza de los niños soldados y evitar cualquier forma de futura victimización. Asimismo, se establece en el párrafo 67, que Mr. Lubanga (acusado) puede contribuir a este procedimiento mediante una disculpa voluntaria a las víctimas individuales o grupos de víctimas, de forma pública o privada;

"vii. Reparations may include measures to address the shame felt by some former child soldiers, and to prevent any future victimisation. The reparation awards should, in part, be directed at preventing future conflicts and raising awareness that the effective reintegration of the children requires eradicating the victimisation, discrimination and stigmatisation of young people in these circumstances.

viii. Mr Lubanga is able to contribute to this process by way of a voluntary apology to individual victims or to groups of victims, on a public or confidential basis."

⁶¹ Se puede acceder al documento en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1803eb94b.pdf>

en la que se reconozca el daño moral sufrido por la comunidad Timbuktu⁶².

En los párrafos 106 y 107 impone otra medida como la entrega de un euro a la comunidad internacional, representada en este caso, por la UNESCO y el Estado de Mali.

También se puede citar el caso *the Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, en cuya orden de reparación (nº ICC-01/04-02/06⁶³) se hace referencia al concepto de reparación simbólica (párrafo 208), y se propone como una opción de esta modalidad la construcción de un centro comunitario llamado Abbe Bwanalunga para honrar su memoria y servir como lugar para reconciliar a los diferentes sectores de la comunidad con los que Abbé trabajaba⁶⁴.

3. Procedimentales

Los aspectos referentes a la solicitud de personación de las víctimas en el procedimiento y órgano competente para reconocer dicho estatus ya han sido objeto de análisis en páginas anteriores (regla 94). En este apartado, brevemente, queremos prestar atención a dos aspectos que consideramos relevantes.

Por un lado, el llamamiento al procedimiento de víctimas, y por otro, la adopción de medidas cautelares a los efectos de garantizar la efectividad de un pronunciamiento eventualmente condenatorio a reparar⁶⁵.

3.1. Llamamiento al procedimiento

Por un lado, se contempla la posibilidad excepcional (art. 75.1 ECPI) de que la Corte actúe de oficio pidiendo la notificación a las víctimas a los efectos de que puedan personarse en el procedimiento (regla 95). No obstante, si como resultado de la notificación, la víctima pidiera a la CPI que no ordene una reparación, no se ordenará reparación individual a su favor (regla 2 b). En el caso en que la víctima decidiera personarse, deberá presentar la solicitud de reparación en los términos previstos en la regla 94 (regla 95.2 a).

La regla 96 regula el llamamiento colectivo indicando que el Fiscal debe tomar todas las medidas que sean necesarias para dar publicidad adecuada de las actuaciones de reparación ante la Corte, en la medida de lo posible a otras víctimas o a los Estados interesados (regla 96.1).

3.2. Tutela cautelar

La Sala de Cuestiones Preliminares o en su caso, la Sala de Primera Instancia (art. 75.4 ECPI) de oficio o previa solicitud del fiscal o de las víctimas o de sus representantes legales que hayan pedido reparación o indicado su intención de hacerlo, pueden adoptar medidas de estructura cautelar para garantizar los pronunciamientos eventualmente reparatorios (regla 99.1). Dicha decisión puede adoptarse sin audiencia previa del sujeto pasivo (regla 99.3), o con audiencia previa en el supuesto en que dicho trámite no redunde en detrimento de la eficacia de las medidas (regla 99.2).

⁶² Al respecto afirma: "As for the modalities, the Chamber considers that individual reparations are to be implemented through compensation and collective reparations through rehabilitation to address the emotional distress suffered as a result of the attack on the Protected Buildings. These collective reparations can also include symbolic measures – such as a memorial, commemoration or forgiveness ceremony – to give public recognition of the moral harm suffered by the Timbuktu community and those within it."

⁶³ Se puede acceder al documento en el siguiente enlace: <https://www.legal-tools.org/doc/68sd81/pdf/>

⁶⁴ Al respecto afirma: "Symbolic reparations may also contribute to the process of rehabilitation. symbolic measures proposed is the construction of a community centre to be named after *Abbé Bwanalunga* –to honour his memory, but also to serve as a means to foster reconciliation between the different sectors of the community that the *Abbé* worked with."

⁶⁵ Sobre las líneas generales del mismo, Salvador Guerrero Palomares, *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, 74-75.

Bibliografía

Arcos Vargas, Marycruz. "La imprescindible cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional". En *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Barona Vilar, Silvia. "Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo". *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 24 (2009): 76-113.

---. "Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa". *Revista de Derecho Penal*, n.º 26 (2009): 11-53.

---. "Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas". En *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, coordinado por Cristina Torrado Tarrío y dirigido por Raquel Castillejo Manzanares. España: La Ley, 2013.

---. "Encuentros restaurativos, tránsito de la guerra a la paz ¿instrumento paliativo o reconstructivo?". *Estudios de Derecho* 75, n.º 165 (2018).

---. "Claves vertebradoras del modelo de justicia en el siglo XXI". *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 32 (2021): 14-45.

Bazán, Víctor. "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas". *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 18 (2011): 63-104.

Beltrán Montoliu, Ana. "El enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional". En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Cabezudo Rodríguez, Nicolas. "Supranacionalidad y justicia penal. La Corte Penal Internacional". *Actualidad penal*, n.º 35 (2003): 871-893.

Cardona Llorens, Jorge. "La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Cervell Hortal, María José. *Genocidio, responsabilidad internacionales e inmunidad de los jefes de Estado*. España: Iustel, 2013.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998. A/CONF.183/9.

Conforti, Franco. *Estudios para la paz desde el Derecho Penal. Argumentación del hecho jurídico reparable*. Madrid: Dykinson, 2020.

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I. *Decisión ICC 01/04-01/06-8*. 24 de febrero 2006.

Corte Penal Internacional, Sala de Enjuiciamiento I. *Resolución ICC 01/04-01/06-2904*. 7 de agosto 2012.

Corte Penal Internacional. *Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional*.

La Haya: Corte Penal Internacional, 1998. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-SPA.pdf.

Cucarella Galiana, Luis Andrés. *Derecho Procesal y delitos contra la comunidad internacional (control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva)*. España: Tirant lo Blanch, 2021.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Fernando Silva García. "El control de convencionalidad en la jurisprudencia constitucional". *Parlamento y Constitución: anuario*, n.º 12 (2009): 45-72.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad". *Estudios jurídicos*, n.º 10 (2012): 61-105.

---. "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional". *Urbe et lus: revista de opinión jurídica*, n.º 11 (2013): 27-39.

García Ramírez, Sergio. "El control judicial interno de convencionalidad". En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoria Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Garrido Gómez, María Isabel. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*. Madrid: Dilex, 2007.

Gómez Colomer, Juan Luis, Jorge Cardona Llorens y José Luis González Cussac. *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Gómez Colomer, Juan Luis. *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

---. "La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional". En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

---. "La investigación en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional". En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

González Rus, Juan José. *Derecho penal español: parte especial*, coordinado por Manuel Cobo del Rosal. España: Dykinson, 2005.

Guerrero Palomares, Salvador. *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Gutiérrez Delgado, José Manuel. "Delitos contra la comunidad internacional". En *Hacia una Justicia internacional, XXI Jornadas de Estudio, 9 a 11 de junio de 1999*. España: Ministerio de Justicia, Civitas, Fundación Banco Santander, 2000.

Jimena Quesada, Luis. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?". *Derecho constitucional europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España, coordinado por Juan Ignacio Ugartemendía Eceizabarrena y Gurutz Jáuregui Bereciartu*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

---. "El control de convencionalidad y los derechos sociales. Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)". *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 22 (2018).

---. "La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 53 (2019).

López Cárdenas, Mauricio. "Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 11, n.º 2 (2009): 301-334.

Montesquieu, Charles Louis. *El espíritu de las leyes*. España: Ediciones Istmo, 2002.

Olásolo Alonso, Héctor y Enrique Carnero Rojo. "Extensión y límites de la jurisdicción personal, territorial y temporal de la Corte Penal Internacional". *Revista de derecho Penal y Criminología*, n.º 3 (2012): 113.

Olásolo Alonso, Héctor. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

---. *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, en homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

---. *Introducción al Derecho Internacional Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

---. *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales. Dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Ortells Ramos, Manuel, José Bonet Navarro, José Martín Pastor, Luis Andrés Cucarella Galiana, Rafael Bellido Penadés, María José Mascarell Navarro, Juan Cámara Ruiz, Ricardo Juan Sánchez y Alicia Armengot Vilaplana. *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª edición. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

Ortells Ramos, Manuel. "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española". *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 3 (1984-85).

Padrón Espinoza, Pablo Andrés, Cecilia Ivonne Narváez Zurita, Marcelo Alejandro Guerra Coronel y Juan Carlos Erazo Álvarez. "El derecho a la verdad como mecanismo idóneo de reparación integral". *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 5, n.º 8 (2020): 274-295.

Pedraz Penalva, Ernesto. "De la Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, en *Constitución, Jurisdicción y proceso*". España: Akal, 1990.

Pérez Cebadera, María Ángeles. "La organización y competencia de la Corte Penal Internacional". En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Planchadell Gargallo, Andrea. "El Fiscal ante la Corte Penal Internacional". En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Rousset Siri, Andrés. "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 1 (2011): 59-79.

Rueda Fernández, Casilda. *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*. España: J.M. Bosch, 2001.

Sagüés, Néstor Pedro. "Nuevas fronteras del control de convencionalidad. El reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad". *Revista de investigações constitucionais* 1, n.º 2 (2014): 23-32.

Tamarit Sumalla, Josep Maria *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares 2012.

---. "Título XXIV. Delitos contra la Comunidad Internacional". En *Comentarios al Código Penal español*, dirigido por Fermín Morales Prats y Gonzalo Quintero Olivares. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Vidal Fernández, Begoña. *Introducción al Derecho Procesal*. España: Tecnos, 2017.

Vidales Rodríguez, Catalina. "El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En *La Corte Penal Internacional: (un estudio interdisciplinar)*, coordinado por Jorge Cardona Llorens, Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
ECUADOR

Número de edición 037
ISSN: 2661-6920
Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria
Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6
Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173118
Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado
Dirección de Estudios Penales
Quito - Ecuador