

LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº5 | marzo 2024 semestral. Año 2



Jurisprudencia y reforma de la casación penal, por Antonio del Moral. El informante (*whistleblowers*) en el proceso penal. Personas jurídicas y circunstancias extintivas y modificativas de la responsabilidad criminal. Reflexiones sobre el impacto del Decreto omnibus

Nº5 marzo 2024. Semestral

LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación
Judicial Francisco de Vitoria
ajfv@ajfv.es

CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta
José Luis Seoane Spiegelberg
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
María Luz García Paredes
María Lourdes Arastey Sahún
Blanca Lozano Cutanda

COMITÉ EDITORIAL:

Luis Juan Delgado Muñoz (Coord.)
Verónica Ponte García
Claudio García Vidales
Rafael Herreros López
Arturo Valdés Trapote
Carlos Miguel Arcay García
Verónica García Canal
Lucía Pro Martínez

Edita: Asociación Judicial Francisco
de Vitoria C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo
A, Madrid

Diseño: Raspabook

ISSN: 3020-2132

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

05

REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA AL HILO DE LA ÚLTIMA REFORMA DE LA CASACIÓN EN PROCESOS COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL (RDL 5/2023)

por Antonio del Moral García. Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

27

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 2/2023 DE PROTECCIÓN AL INFORMANTE: ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER TRAS UN AÑO DE SU ENTRADA EN VIGOR

por Jordi Gimeno Beviá. Profesor Titular de Derecho Procesal UNED

47

LAS CIRCUNSTANCIAS EXTINTIVAS Y LAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿NUMERUS CLAUSUS?

por Esteban Mestre Delgado. Catedrático de Derecho Penal Universidad de Alcalá

67

ANÁLISIS, DESDE EL AMBITO PENAL, DE LAS MEDIDAS DE EFICIENCIA DIGITAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE

Por Verónica Ponte García. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Getxo. Carlos Miguel Arcay García. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N º 2 de Santoña y Claudio García Vidales. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N º 5 de Roquetas de Mar



Celebramos, con ocasión de la publicación de este número de marzo, el segundo aniversario de la segunda época de los boletines jurídicos de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Una idea compartida por los miembros del nuevo Comité Editorial, surgido a comienzos del año 2022, era hacer de *Lex Criminalis*, Boletín Jurídico Penal de la AJFV, una publicación semestral, con una edición renovada y con el deseo de que compañeros, académicos y otros profesionales del Derecho pudieran acercarse a sus páginas para abordar cuestiones relacionadas con el Derecho penal, procesal penal y garantías y libertades en el seno del proceso penal. El balance es muy positivo, como reflejan los elevados índices de visitas de los diferentes boletines jurídicos y su indexación, recientemente, en uno de los portales bibliográficos de literatura científica más relevantes del mundo, Dialnet.

Por eso, ha de reconocerse, en este aniversario, el trabajo comprometido de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria y de su Comité Nacional por su preocupación en brindar a sus asociados y lectores publicaciones jurídicas de calidad y apostar por la difusión del conocimiento en acceso abierto.

Personas que son pilares sobre las que *Lex Criminalis* ha crecido. Ha de reconocerse el trabajo de los que nos precedieron en la larga tradición de los boletines jurídicos de la AJFV, con su dedicación y esfuerzo, impulsaron y mantuvieron su periodicidad y rigor en sus contenidos.

Agradecimiento que se extiende al prestigio de cada uno de los miembros que forman el Consejo Asesor Externo, tanto los que iniciaron esta etapa (José Luis Seoane Spiegelberg, Pascual Martínez Espín, Juan Francisco Mestre Delgado y María Luz García Paredes), como a las nuevas y bienvenidas incorporaciones (María Lourdes Arastey Sahún y Blanca Lozano Cutanda) y, especialmente, a


nuestro miembro de penal, Andrés Martínez Arrieta, quienes han aceptado, a costa de su tiempo y sin otra retribución que el reconocimiento de todos, a colaborar en uno de los trabajos, el de la revisión externa, de los que en buena medida depende la calidad de una revista científica.

Y es momento de detenerse en los compañeros y miembros del Comité Editorial de Penal que comenzó esta nueva etapa (Verónica Ponte García, Claudio García Vidales, Rafael Herreros López y Arturo Valdés Trapote). El lugar donde surgen las ideas, se perfilan los contenidos, se intercambian propuestas de autores, se apuntan temas que pudieran ser de interés para nuestros lectores y, sobre todo, el espacio de encuentro de personas plenas de entusiasmo y motivación por mejorar en cada nuevo número publicado. Espacio que se ha visto enriquecido, a comienzos de este año 2024, con las nuevas incorporaciones (Carlos Miguel Arcay García, Verónica García Canal y Lucía Pro Martínez), a los que damos la bienvenida.

Finalmente, el mayor agradecimiento va dirigido a los autores, a esas personas que durante todos estos años, ya sean jueces, fiscales, abogados, profesores universitarios, entre otros, con su tiempo, dedicación y conocimientos deciden ponerse a escribir, aparcan por un momento las sentencias, escritos o tesis, manteniendo la calidad científica de los boletines jurídicos de la AJFV y consiguiendo atrapar en sus páginas a quienes hacen un hueco en su día para su lectura.

En el firme compromiso de hacer de Lex Criminalis un espacio de reflexión compartido y de acceso abierto, y en reconocimiento a todos lo que, con su tiempo, lo hacéis posible, nuestro más sincero agradecimiento.

Luis Juan Delgado Muñoz
Coordinador Lex Criminalis
Comité Editorial Penal
Asociación Judicial Francisco de Vitoria



REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA AL HILO DE LA ÚLTIMA REFORMA DE LA CASACIÓN EN PROCESOS COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL (RDL 5/2023)

Antonio del Moral García

Magistrado del Tribunal Supremo

Fecha de recepción: 28 de enero 2024

Fecha de aceptación: 8 marzo 2024

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 3. Autoprecedente en el Tribunal de casación: ¿jurisprudencia vinculante o jurisprudencia vacilante? 4. La casación como herramienta de homogeneización. 5. La insoportable levedad del interés casacional. 6. La reforma de la fase de admisión. 7. ¿Vincula la jurisprudencia? 8. Un colofón con derivaciones deontológicas. Referencia bibliográfica

RESUMEN:

El Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, ha introducido importantes modificaciones en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma del año 2015, en cuanto a la tramitación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este trabajo ahonda en el recurso de casación, ofrece una mirada del autor que nos aproxima al alcance de las novedades que tal reforma supone y aprovecha para aportar una reflexión sobre el valor de la jurisprudencia.

ABSTRACT:

Royal Decree Law 5/2023, of 28 June, has introduced important amendments to our Criminal Procedure Act, following the reform of 2015, regarding the processing of the appeal in cassation before the Supreme Court. This work delves into the appeal in cassation, offers a view of the author that brings us closer to

the scope of the novelties that this reform entails and takes the opportunity to reflect on the value of jurisprudence.

PALABRAS CLAVE:

recurso de casación; función unificadora; Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio; fase de admisión; precedente judicial; juez y jurisprudencia vinculante

KEYWORDS:

appeal in cassation; unifying function; Royal Decree Law 5/2023 of 28 June; admission phase; judicial precedent; judge and binding case law.

1. INTRODUCCIÓN

La importante reforma procesal de 2015 abrió las puertas de la casación a sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, introduciendo así otro escalón después de la apelación ante la Audiencia Provincial. Como es sabido, *solo se acepta un único motivo de casación: la pura y estricta infracción de ley penal sustantiva prevista en el art. 849.1º LECrim*. Sus condicionantes son muy estrictos: el debate ha de moverse exclusivamente en el plano del derecho penal sustantivo. *No cabe introducir temas probatorios -ni siquiera de la mano de la presunción de inocencia-; ni procesales; ni tampoco constitucionales.*

La experiencia de estos años merece una valoración global positiva de la nueva herramienta procesal. El objetivo perseguido era la homogeneización de la interpretación de las normas penales en los delitos menos graves. Esa finalidad se colma de forma satisfactoria y eludiendo el riesgo de colapso del Tribunal de casación, restringiendo el recurso en esos términos. Implantarlo con carácter general hubiese supuesto la quiebra del sistema: devendría insostenible.

En general el Tribunal Supremo, cada vez más y venciendo iniciales inclinaciones, tiende a ser inflexible en este punto, consciente del riesgo de *abrir la mano* al detectar errores de otro tipo que ni puede ni debe corregir, aunque en ocasiones *cae en la tentación*. Conviven más o menos en relativa armonía dos tendencias dentro de la Sala Segunda, dos tendencias que tampoco están claramente definidas. Una más estricta en el sentido de no entrar a conocer en ningún caso de temas que desborden los limitados linderos del art. 849.1º. Por esa razón se convalidan sentencias que han impuesto una pena mayor de la solicitada por el Fiscal; o que han estimado una apelación contra una sentencia absolutoria por razones probatorias procediendo a la condena, por señalar algunos ejemplos más llamativos. Otra, más indulgente o flexible, que, en algún caso, ante lo patente

del error, y a través de una *ignorancia deliberada* (valga el símil jurídico) sorteando el obstáculo procesal, bien haciendo como que no se ha percatado de ello o bien usando argumentos más o menos alambicados.

Personalmente pienso que la Sala debe ser muy estricta con esos condicionantes. En primer lugar, por respeto a las competencias de otros órganos judiciales y sometimiento a su propio ámbito funcional: la ley solo le apodera para corregir los errores jurídicos sustantivos. No le da facultades ni para volver a valorar la prueba, ni para enmendar eventuales infracciones constitucionales que permitirán, como remedio natural, un recurso de amparo. Pero, además, y ya se ha apuntado, por un tema de sostenibilidad. La Sala Segunda quedaría desbordada si *de facto* recabase para sí esos otros ámbitos de fiscalización provocando un cada vez mayor retraso. Y eso impondría, si se quiere ser imparcial y no introducir factores de desigualdad, revisar cada asunto desde todas las perspectivas antes de inadmítirlo. No sería equilibrado abordar esas cuestiones marginadas de la casación, solo cuando, por razones varias, el asunto ha pasado el trámite de admisión y, ya en trance de decisión, aunque se desestima el motivo basado en el art. 849.1º se acogen otros distintos o alegaciones no congruentes con tal cauce casacional, pero que se han conseguido *colar* de contrabando y son atendibles en el fondo. No es posible decir que cabría el recurso solo cuando se tenga razón. Si no cabe conocer en casación de un tema, es indiferente que la razón acompañe o no al recurrente. El Tribunal Supremo carece de habilitación legal ni siquiera para plantearse.

Ocho años de rodaje han aflorado algunas disfunciones que han provocado una nueva intervención del legislador. En su génesis y contenido ha tenido algún protagonismo la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo. Se trata de pequeños retoques referidos a la tramitación que aparecen mezclados con múltiples disposiciones de muy diferente signo y ámbito, en esa amalgama que constituye el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio. El objetivo primordial de esas líneas es comentar brevemente esas concretas modificaciones. Sirve eso de excusa para repensar algunas ideas generales que sirven de marco a este singular recurso y, en concreto, sobre el valor de la jurisprudencia.

2. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY Y PRECEDENTE JUDICIAL

En los últimos años surgió entre los estudiosos de teoría general del derecho un renovado interés por esa cuestión, tradicionalmente marginada entre los comentaristas españoles. Primero, como consecuencia de una doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre el valor horizontal del autoprecedente edificada como consecuencia del principio de igualdad. En fechas más próximas (comienzos del nuevo siglo) han proliferado, en línea paralela, reflexiones, también a nivel institucional y prelegislativo, con otro enfoque: el, reclamado por algunos, valor vinculante de la jurisprudencia de los tribunales de casación.

Con esa doble tendencia conectaba la creación en 2015 de este recurso de casación específico.

La doctrina sobre el autoprecedente tuvo un *boom* como secuela de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en procesos de amparo que, basándose en el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, proclamaron que una decisión diferente para dos casos iguales dimanantes de un mismo órgano judicial violentaba ese principio. De la abstracta igualdad en la ley o ante la ley, se daba el paso a la igualdad en la aplicación de la ley.

El derecho a la igualdad, empero, no quedaba afectado si se trataba de respuestas diferentes provenientes de órganos judiciales distintos: esa asimetría sería legítima y no corregible en amparo por constituir una inevitable consecuencia de la exigencia de independencia judicial. Solo podría paliarse mediante la previsión por el legislador de un adecuado sistema de recursos. En algún caso más llamativo el Alto Tribunal emplazaba al legislador para establecer fórmulas impugnativas que en el ámbito penal permitiesen eludir el peligro de interpretaciones de los tipos penales diferentes según los territorios o según los órganos judiciales.

Esa doctrina constitucional fue poco a poco evolucionando, matizándose y llenándose de perfiles, excepciones, y modulaciones hasta el punto de que quedó devorada por ella misma. Hoy, en buena parte, tiene algo de reliquia o de campo apto para disquisiciones tortuosas; o experimentos teóricos; pero muy poco de eficacia real. Ha quedado confinada a supuestos realmente excepcionales: cambio inmotivado y caprichoso por un mismo órgano jurisdiccional que no ha experimentado modificaciones en su composición de su criterio al resolver asuntos esencialmente iguales. Y es que, como ha dicho un estudioso del tema desde el campo de la filosofía del derecho, el intento de garantizar una estricta igualdad entre los sucesivos pronunciamientos judiciales en la aplicación de una norma no deja de ser una utopía irrealizable.

En efecto, primeramente, el Tribunal Constitucional, casi desde sus originarios pronunciamientos, excluyó de su capacidad de escrutinio desde el prisma del derecho a la igualdad la comparación de sentencias procedentes de órganos diferentes. La independencia judicial –sometimiento único a la ley y al derecho– no consentía otra dinámica (STC 64/1984). Eso comportaba igualmente la imposibilidad de comparar decisiones que, aun procediendo de un mismo órgano judicial, emanaban de secciones diferentes (STC 104/1996) integradas, en consecuencia, por magistrados distintos, aunque adscritos todos orgánicamente al mismo Tribunal.

Tras muchas vueltas y revueltas vino a concretarse la doctrina en que no era admisible constitucionalmente un *cambio de criterio* al aplicar una misma norma a un caso idéntico, si no iba acompañado de una *fundamentación objetiva y razonable* (STC 25/1987). Lo que venía a significar que con una mínima motivación justificativa la lesión de la igualdad quedaba convalidada. Eso equivale a reducir la operatividad de la doctrina a los casos en que de forma arbitraria y sin justificación alguna un mismo tribunal o juez (en el sentido estricto –personal– de la palabra *mismo*) dice “blanco” donde unos días antes dijo “negro”. Muy angosto campo de aplicación para lo que en sus primeros compases parecía constituir una vía de revitalización en nuestro ordenamiento de la doctrina del precedente judicial, doctrina de la que en todo caso y deliberadamente siempre quiso distanciarse el TC en esos sucesivos acercamientos quizás con el noble objetivo de no alimentar teorías que pudiesen acabar provocando una petrificación del ordenamiento jurídico (STC 170/1987).

Se llegó, incluso, a flexibilizar la exigencia de fundamentación del cambio de criterio admitiéndose la puramente implícita, o la derivada de una sucesión de pronunciamientos similares que representasen por tanto un giro interpretativo del órgano con vocación generalizada y no como proyección exclusiva *ad personam* (STC 66/1987). Precisamente, y de forma poco explicable para el profano, cuando era una misma persona la receptora de las dos decisiones desiguales, no entraba en juego la doctrina: no habría tratamiento desigual de dos personas y, por tanto, no habría discriminación que exige por definición alteridad. El requisito de la alteridad aleja, como se capta con sencillez, el discurso del TC del ámbito de la doctrina del precedente judicial.

3. Autoprecedente en el Tribunal de casación: ¿jurisprudencia vinculante o jurisprudencia vacilante?

Habiendo llegado ya la doctrina constitucional sobre el autoprecedente a ese grado de *anorexia* y en trance de enfrentarse a unos supuestos clamorosos que

provenían del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional buscará la vía de solución no ya por el derecho a la igualdad sino a través de la versátil puerta del derecho a la tutela judicial efectiva. A nivel del máximo órgano jurisdiccional la teoría del precedente siempre exige matices, so pena de levantar muros a una irrenunciable evolución del derecho. Pero una cosa es permitir la evolución racional de la jurisprudencia y otra abdicar de la indispensable unificación interna para dotar de coherencia al cuerpo jurisprudencial. Veamos.

La STC 150/2001 encaraba el caso de dos sentencias de una misma sección de la Sala Primera del Tribunal Supremo -deliberadas en la misma fecha, lo que acentúa más el desconcierto, pero publicadas en días sucesivos- que resuelven de modo dispar casos idénticos. El Tribunal Constitucional prescinde del art. 14 de la Constitución (igualdad) para otorgar el amparo. Prefiere utilizar como palanca el derecho a la tutela judicial efectiva constatando la arbitrariedad de una respuesta judicial diferente no justificada, aunque fuera fruto de una inadvertencia. La senda del derecho a la igualdad escondía peligros y monstruos que previsiblemente hubiesen sido difíciles de domesticar o embridar.

La STC 162/2001 analizará un caso con tintes más hiperbólicos. Se protestaba porque una sentencia, también de la Sala Primera del Tribunal Supremo, había resuelto de forma diferente a como se había decidido idéntica cuestión en otros ocho asuntos previos y dos posteriores. El recurrente era el mismo en todos los casos. Se entiende su perplejidad. El pronunciamiento *noveno*, asombrosamente solitario y singular -*el patito feo*- ni siquiera aludía a los ocho previos. Como el recurrente era el mismo, faltaba la alteridad, presupuesto autoimpuesto por la doctrina previa del TC. Ante la situación de bloqueo en la que se había situado el TC por su *precedente* doctrina y la imposibilidad de asumir que el resultado era constitucional, se efectúa un *dribling* argumental para desplazar el tema al territorio de la siempre promiscua tutela judicial efectiva: los errores o inexactitudes patentes cometidas por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos para un ciudadano. Por ello, aun reconociéndose que la sentencia *número nueve* contra la que se dirigía el recurso de amparo considerada por sí y en sí era una resolución razonada, motivada y debidamente fundada, se habría burlado el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE.

En la progresiva, pero decidida e imparable marcha atrás en la capacidad de fiscalización por el TC de resoluciones judiciales ex art. 14 CE, frente a lo que auguraban sus más tempranas aproximaciones, se adivina el fundado temor a convertir el recurso de amparo en una “casación universal” (STC 134/1991) a través de la cual ante las disparidades interpretativas de los tribunales fuese el TC el llamado a elegir una de ellas por exigencias del principio de igualdad. El

peligro era evidente de haber seguido deslizándose por esa pendiente. Y ha sido rotundo el repliegue del TC volviendo a los *cuarteles de invierno* en prudente y cauta retirada tras esos escauceos, valientes, pero, quizás, poco meditados en sus consecuencias.

En el TEDH, encontramos también algunas indicaciones no totalmente uniformes sobre el examen que desde el principio de igualdad puede hacerse de resoluciones judiciales dispares emanadas del mismo órgano (STEDH de 14 de septiembre de 2021, asunto *Inmovilizados y Gestiones S.L. c. España*: se condena a España por la inadmisión de tres recursos de casación, cuando otros dos idénticos habían sido admitidos; STEDH de 30 de julio de 2015; asunto *Ferreira Santos Sparrow c. Portugal*, entre otras) o de órganos diferentes (STEJ, de 28 de junio de 2007, asunto *Pérez Arias c. España*: no se admite la queja en tanto la unificación de la interpretación por el TS se había producido después del fallo desfavorable para el demandante).

La doctrina vigente de nuestro Tribunal Constitucional puede sintetizarse apoyándonos en las SSTC 161/2008, de 12 de diciembre y 31/2008, de 25 de febrero. Para que desde esa jurisdicción se anule una resolución judicial en virtud de una lesión del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley es preciso que concurren los siguientes estrictos requisitos:

La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria.

La identidad de órgano judicial, entendiéndolo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección. Solo con esa acotación se puede comprobar si la divergencia es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) o de un caprichoso y arbitrario cambio de valoración.

La alteridad, es decir, de “la referencia a otro” que excluye la autocomparación. Ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició.

Y es que, se apostilla, “*el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin*

una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso...”

No pueden ser operativos esos correctivos a nivel de jurisdicciones de tutela de derechos fundamentales para salir al paso de esos pronunciamientos divergentes, usando como atajo el derecho a la igualdad. De acogerse esa idea, esos Tribunales acabarían invadiendo el territorio de la jurisdicción ordinaria. Las disfunciones en la aplicación igual de la ley han de ser solventadas, a través de un adecuado sistema procesal que permita mediante un bien pensado régimen de recursos homogeneizar en la medida de lo factible la aplicación de la ley, sin merma de la independencia judicial. Solo casos auténticamente patológicos que se ajusten a esos parámetros marcados por la vigente jurisprudencia constitucional podrán ser corregidos en esos otros niveles.

Es el recurso de casación en los sistemas continentales, como el nuestro, el llamado a cumplir esa función unificadora de la interpretación de las leyes penales.

4. LA CASACIÓN COMO HERRAMIENTA DE HOMOGENEIZACIÓN

La conclusión es, así pues, que constituye responsabilidad del legislador la tarea de articular herramientas que hagan posible a nivel de legalidad la unificación de doctrina. El legislador ha ido recogiendo ese guante, bien que con retrasos y zigzagueos, y muchas veces sin tener bien definida la meta; ni tampoco los caminos a transitar para alcanzar ese desideratum de limitar las desigualdades en la aplicación judicial de la ley a términos tolerables. Nunca pueden reducirse a cero si queremos salvaguardar tanto el valor de la independencia judicial, como la capacidad de evolución y adaptación del derecho (no solo a través de modificaciones legislativas, sin petrificar las interpretaciones inmunizándolas frente a la evolución del pensamiento jurídico o el entorno social). Pero sí que son deseables unos niveles altos de predecibilidad y calculabilidad de la respuesta judicial. Lo demanda la sociedad, lo demanda la igualdad y, por tanto, también lo demanda la justicia.

Un tribunal de casación estará en condiciones de ejercer bien esa función si tiene capacidad de examinar *todas* las materias, pero al mismo tiempo hay una cierta contención en el número de asuntos para no verse desbordado. *Todas las materias; pocos asuntos* es la fórmula deseable para una casación fecunda en resultados. No pueden quedar materias al margen de la función uniformadora. Pero si el número de recursos es muy alto, se perderá esa capacidad pues disminuirá la calidad de sus resoluciones y aumentará la posibilidad de contradicciones internas y dispersión al tener que aumentarse para dar una respuesta razonablemente pronta los magistrados que sirvan ese Tribunal. Y entonces el problema aparecerá de nuevo, pero dentro del propio Tribunal de casación: habría que crear métodos para *unificar al unificador*. Los casos reales mencionados antes constituyen buena muestra de esa disfunción.

Las reformas del recurso de casación en el orden penal obedecen en sus aspectos más relevantes a esa idea que se me antoja nuclear.

Se produjeron también intentos fallidos de modificación tendentes a enfatizar su papel institucional y el valor vinculante de su jurisprudencia. En ese punto, sin embargo, lo normativo no ha variado nada: la doctrina emanada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es jurisprudencia cuyo valor vinculante, sin estar proclamado, se deriva, aunque dulcificadamente, del hecho de que las vulneraciones de la doctrina legal (jurisprudencia) permiten entablar un recurso que será estimado.

La reforma de 2015 en lo que supone abrir la casación, aunque solo en su genuina y originaria función nomofiláctica, a todas las materias ha sido trascendental en aras a alcanzar ese deseable objetivo de unificación en la interpretación de la ley, refuerza el papel del Tribunal Supremo y su función nomofiláctica.

Hasta esa reforma solo un tanto por ciento muy reducido de figuras penales tenía acceso ordinario a la casación penal. Si a esa realidad unimos la promulgación de un Código Penal de nueva planta en 1995 y el hiperactivismo de nuestro legislador penal de los últimos años, el resultado era preocupante: la interpretación de un gran número de tipos penales quedaba en manos de las distintas Audiencias Provinciales, sin posibilidad de unificar un criterio. Se hacía imprescindible por ello una casación que permitiese al Tribunal Supremo pronunciarse sobre todas las materias. Eso solo se podía conseguir reduciendo el número de asuntos que ha de resolver la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Hasta esa fecha llegaban *muchos asuntos y pocas materias*: era urgente invertir la proporción. Ahora se puede decir que llegan todas las materias; pero en el otro extremo de la fórmula es necesario reducir los asuntos. Todos los temas penales han de contar con interpretación de la Alta instancia jurisdiccional,

pero eso exige paralelamente unos filtros para descongestionar las tareas del Tribunal y permitirle desarrollar su función nomofiláctica de manera plena.

Las divergencias en temas muy frecuentes eran cada vez mayores: lo que en una provincia no era delito en virtud de una interpretación judicial, pocos kilómetros más allá se convertía en infracción punible. La prescripción de la pena, las exigencias subjetivas de los delitos de violencia intrafamiliar, la necesidad o no de un peligro concreto para sancionar penalmente la conducción sin licencia algunos ejemplos –de entre muchos– de esa dispersión. Era urgente propiciar una mayor cohesión interpretativa que se ha ido alcanzando en muchos puntos en estos años de vigencia de la reforma operada por la Ley 41/2015.

La STS 210/2017, de 28 de marzo, que inauguraba esta modalidad de casación, explica que es un recurso que entronca más que con el derecho a la tutela judicial efectiva, con los principios de seguridad jurídica e igualdad. El horizonte esencial de esta modalidad de casación, explica, consiste en homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona, pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Y resume de forma lapidaria; *“Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24”.*

La permanencia de la literalidad del art. 852 LECrim generó la duda de si este recurso debería abrirse también a alegaciones de contenido constitucional (presunción de inocencia, fundamentalmente). La jurisprudencia ha sido rotunda al negar esa posibilidad en criterio que ha venido a confirmar el ATC 40/2018, de 13 de abril que contiene un completo análisis de este recurso.

5. LA INSOPORTABLE LEVEDAD DEL INTERÉS CASACIONAL

Para esta nueva casación la Ley 41/2015 añadió una previsión especial en trámite de admisión: puede acordarse por providencia motivada por unanimidad cuando la cuestión carezca de interés casacional. La providencia de inadmisión no es susceptible de recurso. La Exposición de motivos de la ley 4/2015, de 5 de octubre, que introdujo esta modalidad impugnativa aludía a la necesidad de que se detectase un *interés casacional* para la admisión del recurso. Si no quedaba justificado, era posible la inadmisión en virtud de providencia sucintamente motivada siempre que contase con la unanimidad de la Sala de admisión compuesta por tres magistrados (art. 889.2 LECrim)¹.

En el cuerpo de la ley solo aparece esa mención al *interés casacional*, locución

¹ El Real Decreto Ley que comentamos ha añadido una disposición paralela para los restantes recursos de casación, aunque aquí se habla de relevancia casacional y se acota la posibilidad de providencia de inadmisión a asuntos que no excedan de determinada penalidad. Centrado este texto en la casación del art. 847.1.b), omito el comentario de esa innovación.

importada de otros cuerpos legales y que, desde luego, dista de asemejarse a la *trascendencia constitucional* del recurso de amparo, en el art. 889.2. Es la exposición de motivos la que en lugar inadecuado trata de perfilar ese concepto con una enumeración que fue acogida por el Tribunal Supremo en su acuerdo no jurisdiccional de 9 de junio de 2016 dedicado a establecer las líneas maestras que habrían de regir la aplicación de esta novedosa vía impugnativa:

“Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”².

En mi opinión se trata de un concepto etéreo, de más que dudosa eficacia normativa, aunque muy aireado en la práctica: está sobredimensionado. Creo que no añade gran cosa a las causas de inadmisión preexistentes, pues, en general, todos los supuestos enumerados son reconducibles a las dos causales del art. 885 LECrim: falta de fundamento, o contradicción con previa doctrina jurisprudencial. Las causas que se añaden despistan: hablar de normas que no lleven más de cinco años en vigor es absurdo. Pueden existir normas que se aprobaron hace varios decenios y que todavía no hayan sido objeto de atención jurisprudencial. A mi juicio, *el recurso debe considerarse admisible, de una parte, cuando reúne apariencia de prosperabilidad (aunque exista ya doctrina consolidada jurisprudencial) y, de otra, cuando se detecta la necesidad de formar criterio sobre un tema penal o variar o matizar el ya establecido. Si el recurso aparece, de entrada, como improsperable, deberá ser inadmitido.* Para alcanzar esa conclusión bastaba remitirse al art. 885 LECrim, aunque reduciendo las exigencias formales para permitir el formato de providencia.

La única duda que me surge es si el adverbio *abiertamente* que acompaña la oposición a la doctrina jurisprudencial añade algo. No creo que esté bien expresada la idea: la oposición a la doctrina jurisprudencial concurre o no; pero difícilmente puede graduarse. En todo caso, por esa vía si se puede dar paso a la necesidad imperiosa de ciertos filtros que se patentizan especialmente en temas de parte general (v.gr.: atenuante de dilaciones indebidas; agravantes; y cualesquiera otros que ya son objeto de examen jurisprudencial en los

² La inspiración en el art. 477.3 LEC es evidente.

procedimientos que se ven en primera instancia en la Audiencia Provincial y que por tanto acceden sin límites a la casación ordinaria). Ahí sí que parece (y de hecho está funcionando con esos criterios el filtro de admisión en el Tribunal Supremo) que ha de exigirse algo más que una apariencia fundada de prosperabilidad para evitar el riesgo de colapso.

Es curioso comprobar cómo, de forma indirecta, casi *de rebote*, la posibilidad de fiscalizar en casación los aspectos estrictamente penales de las decisiones de fondo en asuntos competencia de los Juzgados de lo Penal se ha extendido también a los autos de sobreseimiento libre en ciertas condiciones (art. 848 LECrim). Paradójicamente en esos casos ni se exige el interés casacional, ni cabe la inadmisión por providencia. Así lo explica la STS 202/2018, de 25 de abril.

Con buen criterio según las normas de reparto vigentes, de estos asuntos conoce el Pleno de la Sala Segunda para evitar lo que sería paradójico: que las divergencias interpretativas presentes en algunos puntos entre diversas Audiencias Provinciales se reprodujesen en el seno de la Sala Segunda. Solo cuando en el Pleno se ha formado ya criterio, los asuntos se derivan a salas ordinarias.

6. LA REFORMA DE LA FASE DE ADMISIÓN

El volumen de recursos de este tipo no admisibles que acceden al Tribunal Supremo y que han venido dando lugar a providencias de inadmisión motivadas estaba siendo ingente. Aparte de la necesidad de un cierto rodaje para que los profesionales se familiarizasen con este recurso, y comenzasen a manejar con más soltura sus claves, dos causas se confabulaban para provocar ese preocupante panorama.

Por una parte, la obligación que tienen los profesionales del turno de oficio de formular el recurso solicitado por el condenado penalmente. Si el lógico y justificable deseo del condenado de agotar todas las posibilidades se combina con esa imposibilidad de negarse o invocar la insostenibilidad, y la, objetivamente dificultosa -o, más bien, necesariamente condenada al fracaso-, tarea de explicar al justiciable las limitaciones de esta modalidad, instruyéndole sobre el sentido del art. 849.1º LECrim para convencerle de que no tiene sentido ese recurso, se entiende bien cómo, en cumplimiento de su deber de defensa, muchos letrados acuden a la casación, aunque conozcan perfectamente las limitaciones legales, y estén persuadidos de que el recurso será inevitablemente inadmitido. Es tema para pensar, quizás a través de una modificación de la Ley de Asistencia Jurídica gratuita o una interpretación que permita equiparar a la imposibilidad de recurso, la inviabilidad material del mismo por no ser alegables de ninguna

forma las discrepancias que el condenado muestra con la sentencia de apelación confirmatoria de su condena (todas las que no consisten en una divergencia referida en exclusiva a la interpretación de la ley penal), apta para no atender el deseo expresado por el defendido acogido al beneficio de la asistencia jurídica gratuita.

En otro orden de cosas, favorecía esa situación las limitadas facultades que la Ley atribuía al Tribunal *a quo* para una inadmisión a *limine*. La decisión de admitir está repartida en la ley entre el Tribunal *a quo* y el Tribunal de casación. Aquél solo podía inadmitir conforme al art. 858 LECrim por ser resolución no susceptible de casación, por haberse interpuesto el recurso fuera de plazo, por falta de legitimación del recurrente y, en su caso, por groseros defectos formales no susceptibles de subsanación o no subsanados (falta de intervención letrada, v. gr.). La apreciación de las demás causas de inadmisión (arts. 884 y 885 LECrim) quedaba reservada al Tribunal Supremo que siempre ha sido muy celoso de esa competencia, reprochando a los Tribunales de instancia cuando, esporádicamente, abortaban ellos el trámite por razones distintas de las atribuidas a ellos.

En este tipo de impugnación eso obligaba a las Audiencias Provinciales a admitir el recurso, aunque ya, a la vista del escrito de preparación (por citar preceptos distintos al art. 849.1 o por contener una síntesis de la queja ajena totalmente a problemas jurídico penales), constatase su inviabilidad. Esa disfunción es la que ha querido corregir la reforma de 2023 con la introducción de un segundo párrafo en el art. 858:

Cuando se trate de recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal denegará, por auto motivado, la preparación cuando se aleguen motivos distintos al previsto en el artículo 849.1, no se identifique un precepto sustantivo supuestamente infringido, no se consigne el breve extracto exigido, o su contenido se aparte del ámbito del artículo 849.1.º.

A partir de la entrada en vigor de la ley las Audiencias pueden repeler estos recursos, a salvo la queja procedente, también cuando no se ajustan a sus estrictos límites, es decir, bien cuando el cauce anunciado no es el art. 849.1º LECrim o cuando, aun citándose ese precepto, el contenido de la divergencia discurre por senderos distintos a lo que es una infracción de ley penal sustantiva (por ejemplo, cuestiones probatorias o de presunción de inocencia o denegación de pruebas). Tal función no podría ser asumida por el Tribunal *a quo* si, como sucedía hasta ahora, el escrito de preparación había de limitarse a indicar el tipo de recurso que se quiere utilizar y, en algunos casos, otros requisitos

adicionales cuya relevancia y trascendencia se ha ido encargando la práctica de difuminar (mención del documento en el caso del art. 849.2º LECrim o del momento procesal y lugar de documentación en la causa en que conste la protesta)³. Con tal fin se ha modificado el art. 855 que en la actualidad reza así:

«El que se proponga interponer recurso de casación pedirá, ante el Tribunal que haya dictado la resolución definitiva, un testimonio de la misma, y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar.

Cuando se pretenda interponer recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por infracción de ley, el recurrente deberá presentar escrito consignando, en párrafos separados, con la mayor claridad y concisión, la concurrencia de los requisitos exigidos, identificando el precepto o preceptos sustantivos que se consideran infringidos y explicando de modo sucinto las razones que fundan tal infracción.

Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el número 2.º del artículo 849, deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestren el error en la apreciación de la prueba.

Si se propusiere utilizar el de quebrantamiento de forma, designará también, sin razonamiento alguno, la falta o faltas que se supongan cometidas, y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarlas y su fecha.»

El párrafo segundo, que es el añadido, es el que nos interesa ahora. El escrito de preparación de un recurso de casación contra sentencia dictada en apelación por una Audiencia reviste mayores formalidades. *No basta con indicar la modalidad de casación. Es necesario hacer protesta expresa de que se va a utilizar exclusivamente el art. 849.1º y, además, dejar constancia del precepto que se reputa infringido y las razones que sustentan esa valoración.* La Sala de instancia no tendrá capacidad para denegar la preparación por considerar que está errado el argumento invocado, o porque carece de consistencia o porque contradice la doctrina jurisprudencial. Pero sí podrá -y deberá!- rechazar la admisión cuando el razonamiento no se limite a esa discrepancia jurídico-penal y deslice cuestiones de prueba o de presunción de inocencia. Contra su resolución denegatoria solo cabrá queja.

³ Esos requisitos tenían su sentido cuando según establece la ley al Tribunal de casación solo se le remitía la sentencia como regla general, junto con el escrito de preparación y la resolución de admisión con los emplazamientos. Cuando se anunciaba un motivo por quebrantamiento de forma o por error facti se hacía imprescindible remitir otras actuaciones que, por ello, debían designarse. Ello, sin perjuicio de la posibilidad del art. 899 LECrim. La implantación de la presunción de inocencia como motivo de casación acabó por cambiar esa práctica y generalizarse el envío de todos los autos, fuese cual fuese el tipo de recurso anunciado, dado que en pocos recursos faltaba esa invocación de la presunción de inocencia. Si se envían los autos completos, carece ya de sentido esos requisitos formales.

A la vista de la claridad de la norma, no creo que en caso de omisión de toda indicación del precepto violado o mal aplicado o de la modalidad casacional sea obligado abrir un plazo de subsanación (art. 11 LOPJ). En algún caso, quizás sea prudente esa medida que da ocasión de reparar el vicio formal subsanable.

Aunque creo que materialmente y en un plano puramente conceptual debiera caber la inadmisión parcial, seguramente es más ordenado procesalmente para mantener la unidad, en el caso de que haya al menos un motivo correctamente anunciado y ajustándose a los requisitos del art. 849.1º, sin perjuicio de alguna mención, admitir el recurso sin más, para que ya el Tribunal Supremo orille bien en la fase de admisión (también el Tribunal Supremo es muy reticente a inadmisiónes parciales), bien ya en fase de decisión, todos esos temas ajenos a esta modalidad casacional por el sencillo expediente de convertir la causa de inadmisión en razón para la desestimación sin necesidad de analizar el fondo. La inadmisión parcial aporta muy pocas ventajas y, sin embargo, entorpece el trámite, pues propicia que se simultaneen dos caminos paralelos: el recurso de casación admitido, junto a un recurso de queja por la inadmisión parcial. Incluso me atrevo a sostener que la dicción del art. 858 LECrim ofrece una cierta base legal para considerar que no caben en ese momento inadmisiónes parciales: la decisión debe ser o admitir o tener por no preparada la casación. *Por tanto, cuando concurra un motivo del art. 849 admisible, con otros motivos no admisibles, lo aconsejable será tener por preparado el recurso, sin perjuicio incluso de dejar constancia en la resolución de que no ha pasado inadvertida a la Sala la improcedencia de alguno de los motivos.*

7. ¿VINCULA LA JURISPRUDENCIA?

La finalidad que se asigna a este recurso exige plantearse esta pregunta. Si lo que resuelva el TS no vincula a los órganos inferiores, nada se logrará.

Aplicar la ley no es afirmar la solución prevista por el legislador, sino aplicar razonadamente una solución entre las diversas convalidables por la ley. Por eso que los jueces crean derecho es una realidad innegable.

Uno de los mecanismos más eficaces para combinar las consecuencias de la inevitable creación judicial del derecho con unas técnicas que embriden, y moderen esa capacidad judicial para obtener una cierta previsibilidad y seguridad y no acabar en la anarquía judicial es la técnica del precedente judicial concretado en la jurisprudencia vinculante. Cuando a un órgano judicial se le ofrecen diversas alternativas jurídicamente razonables ha de elegir habitualmente aquella que fue elegida en supuestos similares por sentencias anteriores constitutivas del precedente.

Dentro de esa creación judicial del derecho ocupa un plano singular la jurisprudencia de los tribunales de casación. Esta afirmación parece indiscutible desde una visión realista o experiencial, más allá de que podamos discutir y teorizar sobre el valor vinculante de la jurisprudencia para negarlo o, al contrario, subrayarlo; polemizar –creo que absurdamente– sobre su coherencia o no con la independencia judicial; o especular sobre diversos grados de vinculatoriedad.

Todo precedente judicial aporta algo al derecho. Los emanados de la Corte de casación, Tribunal Constitucional, o tribunales supranacionales aportan algo más.

Respecto de estos podemos distinguir diferentes niveles de vinculatoriedad. La respuesta al interrogante sobre el carácter vinculante o no del precedente jurisprudencial no puede ser unívoca: puede establecerse una cierta gradualidad.

En algunos casos es la ley la que establece la obligatoriedad de seguir el precedente jurisprudencial. Se establece en los recursos de casación por interés de ley y para unificación de doctrina en materia laboral y civil; o para las sentencias del Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ), de forma muy singular en las que recaen en procesos de inconstitucionalidad. Y así se establecía en el art. 100.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (casación en interés de ley) en previsión desaparecida en la reforma de 2015.

Esta mención sirve para introducir en el discurso otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional muy relevante en esta materia. Analiza, quizás no con demasiada fortuna, qué grado de vinculatoriedad cabe afirmar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Un juzgado cuestionó la constitucionalidad de tal norma por lesionar el principio de independencia judicial, en cuanto que sentaba el carácter vinculante para todos los jueces y tribunales del pronunciamiento interpretativo fijado por el Tribunal Supremo al conocer de esos recursos. El TC niega el carácter vinculante (aunque esto está precisado de matizaciones), salvo cuando se trate de esos casos en que la Ley lo afirma de forma clara y directa. Es la STC 37/2012, de 19 de marzo que no vacila al afirmar que ese recurso de casación en interés de ley responde a la finalidad de preservar la homogeneidad jurisprudencial, mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para Jueces y Tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional y al principio de seguridad jurídica al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, una supremacía que

se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6). *“De este modo –explica-, a la tradicional finalidad nomofiláctica de protección del Derecho objetivo del recurso de casación propiamente dicho, el recurso de casación en interés de la ley añade una función integradora o uniformadora del Derecho, pues mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo (dada su supremacía ex art. 123.1 CE) de una doctrina legal vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado jurisdiccional, se garantiza la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio nacional, evitando la perpetuación de criterios interpretativos establecidos en Sentencias de esos Jueces y Tribunales inferiores que se estiman erróneos...”*. Se rechaza que esa supremacía lesione o menoscabe la independencia de los Jueces y Magistrados. Estos están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo. Pero afirma algo más : *“E incluso que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción, de la que seguidamente nos ocuparemos, de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley; todo ello sin perjuicio de hacer notar que toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el art. 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales inferiores, en los términos que después se expresan, a lo que ha de añadirse que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales”*.

“La independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC [160/1993](#), de 17 de mayo, FJ 2; [165/1999](#), de 27 de septiembre, FJ 6; y [87/2008](#), de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la “doctrina legal correctora” que fije el Tribunal Supremo (STC [111/1992](#), FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de

lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA (SSTC [308/2006](#), FJ 7, y [82/2009](#), FJ 8)”.

No habría menoscabo en esa regulación de la independencia judicial en cuanto es la propia ley la que atribuye ese valor a esas concretas declaraciones jurisprudenciales.

El grado de vinculación -dulcificada- de la doctrina jurisprudencial no incluida en ese tipo de previsiones legales explícitas es de otro orden, de segundo grado, menos fuerte, por así decir. Deviene necesario hacer gradaciones en esa escala de mayor o menor vinculatoriedad que oscilarán entre la proclamación legal -v.gr. art. 5.1 LOPJ-; los condicionantes procesales -art. 477 LEC-; o la praxis judicial -autoprecedentes, autoridad del tribunal-. Además hay que atender a las diversas fuentes de esa capacidad de erigirse en regla (afirmación normativa, autoridad de la argumentación, pura constatación de que es el criterio del órgano jurisdiccional con capacidad de revocar por vía de recurso con el consiguiente efecto disuasorio...); e incluso nuevas graduaciones dentro de una misma categoría de resoluciones (según sean más o menos reiteradas; o según procedan del Pleno del órgano o de secciones; o de la fuerza persuasiva de la argumentación...).

En cualquier caso, no podrá negarse que para el aplicador del derecho (el Juez al adoptar una decisión; el abogado litigante al reclamarla) tan importante es conocer la ley como la jurisprudencia que la interpreta. La doctrina de los tribunales de casación tiene por ello un valor singular. No porque acierten, sino porque la ley y el sistema procesal les atribuyen ese plus no totalmente homogeneizable ni definible.

Se alcanza con ello un grado de vinculatoriedad dulcificado pero real. *No se impide al Tribunal inferior discrepar, pero su decisión disidente estará llamada normalmente a ser revocada a través del sistema de recursos.* Nótese cómo, al definir los casos en que es detectable interés casacional, se mencionan aquéllos que contradigan el criterio jurisprudencial vigente.

También el propio Tribunal de casación podrá variar su doctrina. No hay una autovinculación absoluta. No puede llegarse a la petrificación de la jurisprudencia, pero sí es deseable una cierta vocación de permanencia. Con palabras de la jueza americana O`CONNOR, una decisión que revise una jurisprudencia anterior debe estar justificada por una razón especial que debe ser superior a la simple creencia de que la decisión anterior había sido mal juzgada.

8. UN COLOFÓN CON DERIVACIONES DEONTOLÓGICAS

“El valor de los pronunciamientos de casación no radica en que sean los más justos, los más atinados. También la casación es un juez... y como todos los jueces, puede equivocarse... los jueces yerran más fácilmente cuanto más seguros se crean de no errar”, escribía CARNELUTTI.

Y el Juez de la Corte Suprema Americana JACKSON: *no nos pronunciamos los últimos porque somos infalibles sino que somos infalibles porque nos pronunciamos al final* (Brown v, Allen, 344, US, 445, 540, 1953). *“Creemos, no obstante, -le apostilla el Tribunal Supremo israelita- que el honorable juez se ha equivocado... La finalidad de nuestras decisiones está basada en la posibilidad de admitir nuestros desaciertos...”* (sentencia 243/1983 apud Barak 162).

La jurisprudencia necesita cierta estabilidad. Pero es criticable. Ha de encerrar potencialidad para evolucionar y cambiar y rectificar; también como fruto del diálogo con litigantes, jueces inferiores, doctrinarios... Pero no puede ser desdeñada pues contribuye al derecho y a alguna de las características que deben adornarlo: la calculabilidad y previsibilidad, la igualdad real. Tiene razón ANGLADA cuando concediendo que las decisiones judiciales no son fuente de Derecho ni en teoría ni en nuestro derecho escrito, advertir a continuación que sí lo son en la práctica ante los Tribunales.

Alguien escribió con sorna que *“los jueces son jueces por amor a la humildad... a la humildad de los demás”*. El contrapunto a esa afirmación que esconde, tras el tono jocoso y caricaturesco, algo de realidad, *es que la humildad es una de las virtudes más esenciales del buen Juez. Y esa virtud judicial tiene que impregnar la reflexión y práctica sobre el valor del precedente judicial.*

De una parte, para que el Juez no se sienta un solitario superhéroe del Derecho o de la Justicia; como si fuese su único valedor: que se sepa inserto en un sistema, en una historia, en la que muchos otros, más sabios probablemente, y después de pensar y debatir han optado por unos criterios y soluciones. Para apartarse de ellos hay que tener buenas razones.

Y humildad para reconocer el error propio cuando se pone de manifiesto y cambiar lo que deba ser cambiado (*rectificar es de sabios*); lo que juega para que los Tribunales de Casación también sepan enmendar y escuchar las razones ajenas que pueden hacer tambalear lo que durante mucho tiempo vinieron afirmando, y a lo que no deben mantener un apego irracional.

Una lúcida reflexión del recientemente fallecido y a mi juicio uno de los mejores juristas de las últimas generaciones, ALEJANDRO NIETO servirá de punto final a estas modestas líneas. Sirva la cita de homenaje a ese maestro: *“El Juez –*

cada Juez- es consciente de su poder: ninguna fuerza humana puede influirle legítimamente, nadie puede darle instrucciones y cuanto él haga, si adquiere firmeza, es válido. Ciertamente es que por encima de un juez hay otro, pero la cadena se termina pronto y, en cualquier caso, también es juez el de arriba. Ahora bien, nada más equivocado que creer que sólo gozan de validez indiscutible las sentencias del Tribunal Supremo, pues se trata de un privilegio del que –según contaba en mi carta anterior- goza el juez más modesto cuyas sentencias no sean impugnadas formalmente. En tal supuesto vale tanto la sentencia del juez de primera instancia como la del Pleno del Tribunal Supremo... La realidad, no obstante, es que el sistema jurídico-constitucional, que ha dado a los jueces el privilegio de la infalibilidad, les ha negado el de la sabiduría absoluta. Como órganos estatales tienen siempre razón, mas como seres humanos unas veces aciertan y otras yerran”.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Jurisprudencia y seguridad jurídica* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.129-152 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

BLASCO GASCÓ, F. *Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.185-236 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

CARDOZO, B.N., *Naturaleza de la función judicial*; Comares, Granada, 2004.

FERRER BELTRÁN, J. *Coherencia y progresividad en el concepto de precedente* en “Debatiendo con Taruffo” obra colectiva coordinada por FERRER BELTRÁN, J. y VAZQUEZ, C.

FERRERES COMELLA, V. y XIOL RIOS., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, D.L. 2009.

DEL MORAL GARCÍA, A. y MAÑAS DE ORDUÑA, A. “Casación en procesos competencia de los Juzgados de lo Penal: crónica de dos años” en *Actualidad Penal*, 2019

ENCINAR DEL POZO, M.A. y VILLEGAS GARCÍA, M.A., “La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación” en Diario “La Ley”, 9152, 2018

ENCINAR DEL POZO, M.A. y VILLEGAS GARCÍA, M.A., “La reforma de la casación penal por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio: el concepto de relevancia casacional”: Diario “La Ley”, 10326, 2023.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente*, en “Teoría &

Derecho: revista de pensamiento jurídico”. — Nº 10 - 2011. pp. 132 - 148

GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid: Tecnos, 1993.

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., *Vindicación del precedente judicial en España* en “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Nº 1 (1997) La vinculación del juez a la ley, pp. 267-278.

MARTÍNEZ MOYA, J., *La realidad del precedente jurisprudencial: especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.473-526 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

MONTERDE FERRER, F. *Unificación de doctrina y acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la Sala II del Tribunal Supremo* en Revista “Deliberación (APM)”, abril 2014, pp 10 y ss.

MONTERO FERNÁNDEZ, J. A., *Vinculación de la jurisprudencia e independencia judicial* en “Encuentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con magistrados de lo contencioso-administrativo (2014)” en: Cuadernos Digitales de Formación. Madrid Consejo General del Poder Judicial, 2015. Nº 30 – 2014.

MORAL SORIANO, L. *El precedente judicial* Marcial Pons, 2002

MORAL SORIANO, Leonor M. *Los precedentes del Tribunal Supremo*, en “Revista del poder judicial”. nº 57, 2000, p.119-154

NIETO GARCÍA, A., *Visión doctrinal de la jurisprudencia* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.109-128 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

NIETO GARCÍA, A. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *El Derecho y el Revés (diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces)*) Ariel, Barcelona, 1998.

OLLERO TASSARA, A. *La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional* en “La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo” obra colectiva dirigida por COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006 (Estudios de derecho judicial. Año 2006; 87); pp. 229-260

OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*; Aranzadi, 2011

OTEIZA, E. *El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial* en “Debatiendo con Taruffo” obra colectiva coordinada por FERRER BELTRÁN, J. y VAZQUEZ, C.

PECES MORATE, J. E., *Valor de la jurisprudencia* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.15-107 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

PINTO PALACIOS, F., “*La reforma del recurso de la Ley 41/2015 al Real Decreto-ley 5/2023*” en “La Ley”, 10377, 2023

RASILLO LÓPEZ, P., *La vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los órganos jurisdiccionales inferiores. Especial mención a las situaciones de conflicto* en “Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal” Cuadernos Digitales de formación. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2010. –Nº 35 - 2009.– 10.

SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C., *La jurisprudencia desde la práctica forense* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.153-184 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

TRILLO TORRES, R., *Efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* en “La fuerza vinculante de la jurisprudencia” obra colectiva. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs pp.237-258 (Estudios de derecho judicial; 34. Año 2001).

REQUEJO PAGÉS, J.L., *Juridicidad, precedente y jurisprudencia* en “Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto” p. 235 - 257

XIOL RÍOS, J. A., *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional* en “Poder Judicial (Segunda Época)”. Nº 3-1986, p. 25 -40

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY 2/2023 DE PROTECCIÓN AL INFORMANTE: ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER TRAS UN AÑO DE SU ENTRADA EN VIGOR

¹PROCEDURAL ASPECTS OF LAW 2/2023 ON THE PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS: SOME UNRESOLVED ISSUES ONE YEAR AFTER ITS ENTRY INTO FORCE

JORDI GIMENO BEVIÁ
Prof. Titular Derecho Procesal UNED
Fecha de recepción: 2 de enero 2024
Fecha de aceptación: 7 febrero 2024

SUMARIO: 1. Introducción: el proceso penal como límite a la protección del informante 2. Reserva de identidad del alertador vs derecho de defensa 3. Problemas que plantea la generalización y admisión de informaciones anónimas 4. La controvertida obligación de autodenunciarse vs el derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica 5. Conclusión 6. Bibliografía

RESUMEN:

1 El presente trabajo supone una revisión y actualización de GIMENO BEVIÁ, J. "El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección al informante: la otra cara de la moneda", Revista APDPUE nº8, 2023. Asimismo, se enmarca como resultado de dos proyectos de investigación: "Empresa y Proceso. Investigación y Cooperación" (IPs. Verónica López Yagües y José María Asencio Mellado). Ministerio de Ciencia e Innovación, con Ref. PID2020-119878GB-I00. Y el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado "Ejes de la Justicia en tiempos de cambio" (IP. Sonia Calaza López), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00.

La aprobación de la Ley 2/2023 trajo consigo determinadas obligaciones para las empresas y administraciones que deben procurar la protección de aquellos que informen sobre infracciones normativas (los popularmente conocidos como alertadores o *whistleblowers*). Sin embargo, la eficacia de algunas medidas planteadas queda limitada cuando la información reportada deriva en un proceso penal y compromete, las garantías procesales. El trabajo analiza la Ley 2/2023 desde la protección al informante pero, a su vez, defendiendo que las necesarias medidas de protección no pueden traspasar los límites y garantías constitucionales del proceso penal.

PALABRAS CLAVE:

protección al informante, derecho de defensa, persona jurídica, proceso penal

ABSTRACT:

The approval of Law 2/2023 brought with it certain obligations for companies and public administrations that must seek the protection of those who report regulatory infractions (popularly known as whistleblowers). However, the effectiveness of some proposed measures is limited when the information reported leads to criminal proceedings and compromises, procedural rights. This article analyzes Law 2/2023 from the protection of the informant defending that the necessary protection measures cannot exceed the limits and constitutional guarantees of the criminal procedure.

KEYWORDS:

Whistleblower protection, right to defense, corporation, criminal procedure

1. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO PENAL COMO LÍMITE A LA PROTECCIÓN DEL INFORMANTE

Hace prácticamente un año, el 20 de febrero de 2023 se aprobó, por fin, la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. En líneas generales, la nueva ley ha sido bien acogida por la doctrina científica e incluso con cierto entusiasmo por parte de determinados actores del sector público y privado, principalmente aquellas entidades dedicadas al cumplimiento normativo (*compliance*) que, todo sea dicho, encuentran en la obligación arriba referida un interesante nicho de mercado. Y es cierto, dejando a un lado lo comercial, que la nueva ley cuenta con innegables beneficios en la promoción de una cultura ética, del cumplimiento normativo y, principalmente, en la protección de los denunciantes. En efecto, la protección a quien, de buena fe, cumple, no ya con los códigos éticos de su empresa -si los tuviere- sino con la sociedad, denunciando conductas que pueden resultar incluso delictivas, deviene absolutamente necesaria, y más teniendo presente las represalias laborales a las que, por

desgracia, tradicionalmente se han enfrentado y todavía padecen. De ahí que este loable objetivo, primero de la Directiva y luego de la Ley 2/2023, merece una valoración altamente positiva.

Ahora bien, del referido objetivo se proyecta o subyace otro, seguramente más controvertido, cual es la búsqueda de información a través de la colaboración ciudadana y de la que deriva el fomento de la denuncia. Así, la exposición de motivos de la Ley 2/2023 da comienzo con esta frase: “*La colaboración ciudadana resulta indispensable para la eficacia del Derecho*”. Y si bien es cierto, como prosigue la exposición, que en España el ciudadano impulsa entre otras y en no pocas ocasiones investigaciones urbanísticas o medioambientales, y en el Derecho de la UE también existen mecanismos e instrumentos para facilitar información a organismos reguladores -p.ej. Derecho de la competencia-; no lo es menos que la presente normativa de protección al denunciante viene influenciada por textos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción celebrada en Nueva York en el año 2003 y ratificada por España, cuyo art. 33 ya contempla que los Estados protejan a los denunciantes de buena fe. No es aventurado afirmar, así las cosas, que la protección al denunciante y la implementación de canales para la búsqueda de la información no provenga directamente o haya sido una idea original de la UE sino, principalmente -como acontece con otros extremos de *compliance*- de los Estados Unidos, donde la figura del *whistleblower* es popularmente conocida.

A decir verdad, en los EE. UU ha resultado todavía más indispensable que en la UE tanto incentivar la denuncia como proteger al denunciante Y ello con base principalmente en dos argumentos, como expone BACHMAIER WINTER, derivados del diferente contexto España/UE-EE. UU. Contexto que, como veremos, no es para nada una cuestión baladí, aunque pase desapercibida en los numerosos estudios sobre la materia².

De un lado, mientras que en lo referente a la justicia penal nuestra decimonónica LECrim contempla la obligación de denunciar en el desfasado art. 259 -desfasado, porque la multa que jamás se aplica está todavía en pesetas-; en países generalmente de *common law* tal obligación no existe y se les incentiva a que colaboren con la administración -p.ej. mediante asociaciones de vigilancia o “*crime stoppers*” -. Por consiguiente, y dejando a un lado los ilustrativos carteles de “se busca vivo o muerto” propios del Lejano Oeste, los Estados Unidos y otros países de cultura anglosajona han incentivado la búsqueda de la información ante

² Véase la explicación de BACHMAIER WINTER, L. en su enriquecedora participación en los Debates Jurídicos de la UNED, concretamente en “La nueva ley de protección a los denunciantes (ley whistleblowing): una lectura desde el sector público, privado y derecho comparado” celebrado el 23 de marzo de 2023 y accesible a través del siguiente enlace <https://canal.uned.es/video/641d71f33056d5775154da82> (último acceso 26/6/23)

la inexistencia de una obligación de denunciar que, todo sea dicho, tampoco es tan eficaz en el Derecho continental. De otro lado, la protección al denunciante en los EE. UU ha constituido una imperiosa necesidad ante una desprotección total de los trabajadores. Allí el despido es todavía mucho más sencillo que en España u otros países de la UE pues el despido sin causa está generalizado. No obstante lo anterior, se van abriendo camino -no sin dificultades- algunas excepciones y no se puede despedir por motivos discriminatorios (raza, sexo, religión), por pertenencia a un sindicato ni, afortunadamente, por reportar malas prácticas en las organizaciones (*whistleblowing*).

Conviene, por tanto, tener muy presente el contexto que ha influido tanto en la Directiva 2019/1937 como en la propia Ley 2/2023. Aunque existan similitudes sociales e incluso, en algún punto, culturales con los EE. UU., también encontramos importantes diferencias que pueden confrontar con nuestra tradición jurídica y, en lo que respecta al objeto del presente trabajo y en último término, nuestro sistema de justicia penal. Cabe recordar que el proceso penal adversarial norteamericano dista de asemejarse a nuestro proceso penal en tanto, si bien consagra un modelo acusatorio, el ejercicio de la acción penal se guía por principios diferentes.

Así pues, mientras que en Estados Unidos, el Fiscal, con base en el principio de oportunidad, decide en atención a una serie de parámetros sobre el ejercicio de la acusación, en España, sin embargo, impera el principio de legalidad que no se complementa con el principio de oportunidad -en contra de lo pretendido por los Anteproyectos de LECrim de 2011 y 2020 y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013- por lo que, la única manifestación de este principio la podemos encontrar en la conformidad³ y, a diferencia de lo que acontece en la justicia norteamericana, la fase de prueba es trascendental en nuestra justicia penal.

Ello tiene mucha importancia habida cuenta en los Estados Unidos la prueba en muchos casos no es practicada en juicio y, sus fuentes, con independencia de su procedencia -e incluso licitud- despliegan sus efectos para la consecución de un acuerdo entre la acusación y las defensas que, sobre todo en lo que a justicia corporativa se refiere, pretenden evitar el proceso y su presumible estigma público (*stigma of prosecution*).

Todo ello supone que las “alertas” recibidas en EE. UU. a través de los canales de denuncia, ya sean públicos o privados, confidenciales o anónimas e incluso

³ Así lo destaca GIMENO SENDRA quien considera que la conformidad se realiza en el ejercicio del principio “puro” de oportunidad GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 771. Asimismo, también encontramos otra manifestación del principio de oportunidad en el art. 963 de la LECrim, introducido a través de la LO 1/2015 para los delitos leves.

recompensados⁴, puedan surtir efectos porque la información que contengan operará fuera del proceso penal, instrumento que, como se ha expuesto, parece resultar estigmatizante -y no una garantía, como debiera concebirse- para las defensas. En nuestro país, sin embargo, el proceso penal recoge una serie de derechos y garantías, principalmente en términos de tutela judicial efectiva y derecho de defensa, que impiden que cualquier información pueda surtir efectos en el proceso y tanto la propia denuncia como las pruebas deben cumplir determinados presupuestos para ser consideradas prueba de cargo y enervar la presunción de inocencia del investigado.

Por tanto, la información obtenida a través de los canales en EE. UU, UE/España tienen un recorrido procesal diferente que se traduce en un alcance distinto o una diferente eficacia de las medidas de protección planteadas, actuando el proceso penal, *de facto*, como límite a la protección del alertador establecida en la Ley 2/2023.

Por último, es importante tener presente que *la Ley 2/2023 no ha llevado aparejada ninguna reforma penal sustantiva ni, en lo que aquí interesa, procesal*. Seguidamente expondremos algunos de los retos o problemas que la Ley 2/2023 plantea a la justicia penal, partiendo del complejo encaje del alertador en el proceso hacia la incidencia que las medidas de protección planteadas puedan tener en el derecho de defensa de la persona denunciada o, siguiendo la terminología de la propia ley, la persona afectada por la información.

2. RESERVA DE IDENTIDAD DEL ALERTADOR VS DERECHO DE DEFENSA

Como puede advertirse tanto en el propio título como en el art. 1, la protección del alertador constituye el *motto* o *leitmotiv* de la Ley 2/2023. Por ende, uno de los principales objetivos es que su identidad quede protegida o no trascienda para evitar que pueda sufrir represalias por parte del empleador. Para lograr dicho objetivo, mientras que la Directiva 2019/1937 consideraba, en su art. 16.1, la confidencialidad o que no se revelase la identidad del alertador como un deber de los Estados miembros, la Ley 2/2023 lo configura, directamente, como un derecho en su art. 33.1 *“Quien presente una comunicación o lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas”*.

Pero este derecho no puede ser configurado como absoluto ya que el art. 16.2 de la Directiva referida y el art. 33.3 de la Ley, contemplan una excepción clara:

⁴ Sobre las denuncias recompensadas -con especial referencia a la figura de Bradley Birkenfeld- y la conversión del alertador en un cazarrecompensas puede verse GIMENO BEVIA, J. “De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”, *Diario La Ley* nº9139, 2018

la identidad podrá ser revelada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora. Y es que, como reza la exposición de motivos en su párrafo III, esta excepción tiene virtualidad en muchas ocasiones cuando el juzgador argumenta la necesidad de conocer la identidad del denunciante con la finalidad de garantizar el derecho de defensa del denunciado. Por ello, no existe, en puridad, un derecho a que no se revele la identidad a terceras personas sino, más al contrario, a que la defensa pueda identificar la procedencia de la denuncia.

Cabe plantearse si, este derecho en su anverso, esto es, desde la defensa, también debiera o pudiera ser matizado, a los fines de asegurar la confidencialidad en la identidad del alertador. A este respecto, huelga decir que la defensa no tiene un derecho ilimitado al acceso a la información que conforma la investigación penal. Así lo recuerda la relevante e interesante STS 312/2021 de 13 de abril que, si bien se refiere a la investigación preprocesal o policial previa, entre otras conclusiones, establece que:

- “- Las partes personadas, y en particular los encausados, tienen derecho a conocer el contenido íntegro de las actuaciones procesales, sin más excepción que la derivada de su declaración de secreto (art. 302 LECrim)*
- El derecho de las partes a conocer y examinar las actuaciones procesales, plasmado en los artículos 118, 627, 780.1 y 784.1 de la LECrim no faculta conocer la investigación preprocesal que no se haya reflejado en las actuaciones.*
- Excepcionalmente, cuando se presenten indicios fundados de concurrir circunstancias que comprometen la validez de la prueba o que razonablemente pueden condicionar su credibilidad o su capacidad indicativa, afectando con ello al derecho de defensa de las pretensiones de las partes, estas pueden solicitar de la Autoridad Judicial competente que incorpore, únicamente, los extremos concretos de la investigación prejudicial que reflejen tales condicionantes.*
- En esos supuestos, la Autoridad judicial realiza un doble análisis de la pertinencia y necesidad de la indagación peticionada (arts. 311, 659, 785 y 786.2 LECrim)”*

Si extrapolásemos estos argumentos, principalmente el último, a la aplicación de la Ley 2/2023, podríamos entender, como solución, que fuese el Juez, caso por caso, quien decidiera en qué supuestos no es relevante conocer la identidad del alertador para el ejercicio del derecho de defensa. Ello no ha sido apuntado por la Ley 2/2023 pero sí por la Directiva 2019/1937 que considera en su art. 16.2 como excepción al deber de confidencialidad la revelación en el seno

de un procedimiento judicial cuando constituya una obligación “*necesaria y proporcionada*” para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada. Por consiguiente, debiera el juez valorar en qué casos es necesario y proporcionado la revelación de la identidad del alertador lo que, a buen seguro, generará incertidumbre en el informante que declinará realizar cualquier denuncia ante la más que probable revelación de su identidad.

Quizá la solución estribe en una interpretación tanto de la Directiva como de la propia Ley 2/2023 acorde a los parámetros establecidos en la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de testigos, esto es, que no haga falta revelar la identidad del alertador cuando su declaración no se erija en la única prueba ni cuando la denuncia deba practicarse como prueba testimonial. En definitiva, que la alerta o denuncia no sea la prueba determinante o la única que determine la quiebra de la presunción de inocencia⁵. Pero más allá de esta interesante opción, entendemos que dejar al albur del instructor la decisión sobre la revelación de la identidad del alertador no resulta deseable ni parece recomendable en términos de seguridad jurídica, sino que debiera producirse una reforma en la legislación procesal penal para determinar la procedencia de dicha revelación⁶. Así lo intenta el Anteproyecto de LECrim de 2020 en su art. 528.6, que hace especial referencia a las denuncias realizadas a través de los canales internos, indicando que “*Cuando la noticia de la comisión de un delito cometido en el seno de una entidad del sector público o privado la hubiese dado un funcionario o empleado a través de un procedimiento de denuncia interna, la comunicación del hecho delictivo a las autoridades podrá realizarla el responsable del canal de denuncia sin revelar la identidad del alertador, salvo que fuese especialmente requerido para hacerlo.*” Decimos que el ALECrím “lo intenta” porque su redacción contempla una protección más aparente que efectiva en tanto, si en el marco del proceso se solicita su revelación, la excepción final del artículo parece habilitar dicha situación.

Y es que una regulación que garantice la no revelación de la identidad del alertador no es fácil. Incluso la obsoleta LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección de testigos, con un ámbito de protección aún más necesario y urgente –peligro grave para la persona, libertad, familiares, ... (art.2)- establece

⁵ Para profundizar sobre ello, BACHMAIER WINTER, L. *Debates Jurídicos*, op.cit. Entre otras sentencias, véase SSTEDH Doorson contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1996, Visser contra Holanda, de 14 de febrero de 2002

⁶ Sin embargo, ello no ha acontecido ni tras la Ley 2/2023 ni de forma simultánea, cerrando las esperanzas de expertos en la materia como FORTUNY CENDRA quien, con anterioridad a la transposición, decía que queda por ver si la confidencialidad se aplicará a nivel jurisdiccional. Es decir, si la transposición supondrá la modificación de leyes procesales que protejan debidamente la identidad del alertador dentro de un proceso judicial, evitando que en sede judicial pueda llegar a ser conocida la identidad de este.” En FORTUNY CENDRA, M. “¿Quién le pone el cascabel al gato? Incógnitas de la transposición de la Directiva Whistleblowing”. Disponible en el siguiente enlace <https://fortunylegal.com/incognitas-de-la-transposicion-de-la-directiva-whistleblowing/> (último acceso 26/12/23)

en su art. 4.3 la obligación al juez –“*deberá facilitar*”– de revelar la identidad del testigo protegido si las partes, motivadamente, lo solicitasen.

Por todo ello, como se puede apreciar, el equilibrio entre el derecho de la defensa a conocer la procedencia de la acusación y el del alertador a no ver revelada su identidad, resulta difícil de alcanzar. No obstante lo anterior, sería conveniente establecer un verdadero estatus procesal del informante en el proceso penal pues, como doctrinalmente se ha apuntado en estos años, no goza de un correcto encaje con las figuras procesales existentes⁷. Y, de *lege ferenda*, que esa regulación estableciera reglas claras para una pacífica coexistencia de ambos derechos.

3. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA GENERALIZACIÓN Y ADMISIÓN DE INFORMACIONES ANÓNIMAS

El título III de la exposición de motivos de la Ley 2/2023 dedica una parte considerable a justificar la opción de política legislativa escogida, con base en los modelos comparados internacionales y europeos, que apuesta por la regulación de las informaciones anónimas y la protección a la persona que las comunica. Así pues, tras realizar un recorrido por distintos instrumentos internacionales –p.ej. CNUNCC 2003–, comunitarios –p.ej. en el ámbito de la lucha contra los cárteles–, nacionales –LOPD, LO 12/2007 del régimen disciplinario de la Guardia Civil–, e incluso autonómicos –la regulación de agencias tales como la AVAF, OAC, ...–, concluye afirmando, sin ambages, que “*No hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato*”.

En efecto, *la Ley 2/2023 no es que contemple “incluso” la presentación y tramitación de comunicaciones anónimas, tanto en los canales internos (art.7) como externo de la Autoridad Independiente de Protección al Informante (en adelante, A.A.I), (art.17), sino que considera abiertamente el anonimato como la mejor medida de protección.*

Pero cabe advertir que esta promoción del anonimato como la más efectiva medida de protección choca con la senda iniciada tras la aprobación de la Constitución en el año 1978 que reducía en las distintas legislaciones el protagonismo del anonimato –muy presente en la dictadura franquista– en pos de la revelación de la identidad del denunciante, principalmente para el ejercicio del derecho de acción. Ello porque el conocimiento de la identidad o del origen de la denuncia o querrela se ha considerado como una garantía vinculada al

⁷ Vid. entre otros., GARCIA-MORENO DE LA GALANA, B *Del Whistleblower al Alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020. También el excelente trabajo de BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A. “El régimen jurídico- procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo” en *Tratado de compliance penal* (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho de defensa⁸. Este enfoque, prudente, es el que acontece respecto al tratamiento de la denuncia anónima en la justicia penal. En primer lugar, tanto la Fiscalía como el Tribunal Supremo alejan la información obtenida anónimamente del concepto estricto de denuncia y lo circunscriben al ámbito de la *notitia criminis* donde encuentra un mejor acomodo. Por otro lado, el Tribunal Supremo, aunque entiende que la LECrim exige la identificación del denunciante, avala las denuncias anónimas confrontando el 266 y 267 con el art. 308 que, ante la existencia de un delito, obligan a los Jueces instructores a que practiquen las primeras diligencias de investigación⁹. Por consiguiente, la denuncia anónima está admitida habitualmente en la práctica forense, pero tanto la policía, fiscalía y, principalmente, el órgano judicial, deben actuar con suma prudencia habida cuenta los derechos fundamentales pueden verse afectados. Como reza jurisprudencia del TS “un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle.”¹⁰

En el entorno corporativo, la STS 272/2020 de 6 de febrero, abre la puerta a la admisión de la denuncia anónima a través de los canales de denuncia o *whistleblowing* de los modelos de organización (*compliance*). Más allá del interesante *excursus* sobre las bondades y necesidad de los canales de denuncias -que compartimos-, en el presente caso la información anónima queda “convalidada” en tanto considerada como “*notitia criminis*” que sirvió de base para posteriores pesquisas que desembocaron en el descubrimiento de las acciones delictivas. No debiera realizarse, sin embargo, una lectura expansiva de la admisión de la información anónima como denuncia, sino, en consonancia con la previa jurisprudencia del TS, como fuente para realizar una investigación que contraste su veracidad¹¹.

⁸ Y no solo en sede jurisdiccional se ha considerado pertinente conocer la procedencia de la denuncia, sino, hasta no hace tanto tiempo, la propia Agencia de Protección de Datos en su informe 2007-128 apostaba porque las empresas establecieran únicamente canales confidenciales y que las denuncias anónimas sólo pudieran admitirse excepcionalmente. No las prohibía, por tanto, pero tampoco las fomentaba o promocionaba.

⁹ Así lo resume -y coincidimos- RUBIO EIRE, J.V. “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una investigación penal”, *Tribuna Francis Lefevbre*, 5 de mayo de 2013. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional advierte que, cuando la investigación se inicia por fuentes anónimas, se hace necesario comprobar su veracidad “por medios menos dudosos” para que se puedan llevar a cabo diligencias que puedan restringir derechos fundamentales (STC 184/2003 de 23 de octubre).

¹⁰ STS 318/2013 de 11 de abril

¹¹ Tras el análisis de la sentencia referida, resulta recomendable la lectura del artículo escrito por el mismo autor, MAGRO SERVET, V. “¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?” en *Diario La Ley* nº 9586, 4 de marzo 2020. Defiende el autor, en línea con la sentencia que (Las denuncias anónimas) “No son técnicamente una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciante, como exige el art. 268 LECrim, pero puede ser un medio de recepción de la «notitia criminis» que dé lugar a que la policía

Pero más allá del enfoque prudente que existe en la justicia penal, el auge del cumplimiento normativo (*compliance*) y su traslación hacia el sector público (*public compliance*) nos ha llevado a una aceptación generalizada de la recepción de información anónima no sólo en los canales de denuncia de las empresas sino también en los que, adelantándose a la obligatoriedad establecida en la Ley 2/2023, incorporaron determinados organismos públicos. Cabe destacar, en este sentido, que en las últimas décadas han surgido Oficinas y Agencias Antifraude, organismos de reciente cuño de carácter autonómico y/o local cuya labor principal, entre otras, radica en la prevención y lucha contra la corrupción en el sector público¹².

En relación con la recepción de las denuncias, estas Oficinas o Agencias Antifraude, hacen una llamada a la colaboración ciudadana, tanto confidencial como anónima, frente a la lucha contra la corrupción. En consonancia con los canales empresariales, -sin ánimo de exhaustividad- Oficinas como la Antifrau Catalana o la Agencia Valenciana Antifraude ya vienen aceptando y dando trámite a este tipo de comunicaciones, además de que disponen de una plataforma de denuncias anónimas en la que pueden describir la información e incluso adjuntar documentación. Por otro lado, y en palabras de una de las creadoras de la aplicación, los buzones anónimos están configurados para ocultar la trazabilidad de la denuncia¹³.

A nivel nacional, la Ley 2/2023 prevé la creación de la Autoridad Independiente de Protección al Informante (A.A.I)¹⁴ y, en el art. 16, regula las comunicaciones que se realicen a través del canal externo tanto a esta entidad como a las autoridades u organismos autonómicos, dejando meridianamente claro, en el siguiente artículo (art. 17), que la información puede ser remitida de forma anónima.

Así las cosas, cuando la denuncia reviste caracteres de delito, será comunicada

compruebe la realidad de la misma.”

12 La pionera fue la Oficina Antifraude de Cataluña, en el año 2008 y pero también cuentan con entidades similares la Comunidad Valenciana, Baleares, Andalucía,Para una información más detallada acerca de las referidas Agencias y como debieran configurarse, vid. por todos, PONCE SOLE, J. “Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo” en Revista Internacional Transparencia e Integridad nº3 enero-abril 2017

13 Vid. la noticia publicada en <https://valenciaplaza.com/los-valencianos-ya-cuentan-con-un-buzon-anonimo-para-denunciar-casos-de-corrupcion> (último acceso 26/12/23)

14 Como indican AYALA DE LA TORRE y BUENO SÁNCHEZ, la A.A.I tiene un ámbito competencial propio que la diferencia de las oficinas o agencias ya surgidas que de forma sectorial o general actúan en sus respectivas autonomías. En AYALA DE LA TORRE J.M. y BUENO SÁNCHEZ, J.M La protección al informante en el Derecho español, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pág. 176.

inmediatamente a la Fiscalía (art. 18 c) o, posteriormente, si dicha apreciación acontece tras la instrucción de la A.A.I, u Autoridad autonómica competente (art. 20 b). También, lógicamente, deberán remitir las denuncias anónimas con el contenido adjunto. Estas Autoridades Independientes, se erigen, por tanto, en una suerte de filtro de denuncias que, en no pocos casos, tendrán trascendencia penal¹⁵. Ahora bien, el tratamiento de la denuncia anónima recabada por la A.A.I, Oficina o Agencia autonómica y su tránsito hacia la justicia penal plantea algunos problemas respecto a las garantías del denunciado o persona afectada por la información.

Principalmente, cabe plantearse la licitud de la información obtenida, habida cuenta el anonimato de la fuente y el limitado poder de inspección de estas autoridades administrativas, ésta pudiera haber sido obtenida de forma delictiva, lo que la haría nula en un futuro proceso penal¹⁶. Sobre ello, la Ley 2/2023, advierte en su art. 18.2. 3º que la comunicación será inadmitida *“Cuando la comunicación carezca manifiestamente de fundamento o existan, a juicio de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., indicios racionales de haberse obtenido mediante la comisión de un delito. En este último caso, además de la inadmisión, se remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito”*. Pero esta redacción plantea dos problemas. En primer lugar, la remisión carecerá de virtualidad práctica por falta de autor conocido. En segundo, como acertadamente señala MORALES PRATS, si fuera identificado, circunscribir o limitar la inadmisión de la comunicación a que esta haya sido obtenida de forma delictiva, deja fuera a la comisión de ilícitos civiles contra la intimidad (Ley de Protección Civil 1/1982 de 5 de mayo) así como otras violaciones que, aun no siendo delictivas, puedan ser consideradas ilícitas en un ulterior proceso jurisdiccional¹⁷.

Del mismo modo, también es necesario advertir la impunidad con la que opera el denunciante anónimo cuando la denuncia, finalmente, resulta falsa. Sobre ello, la exposición de motivos de la Ley 2/2023 nos dice que *“También aquellas personas a las que se refieran los hechos relatados en la comunicación han de contar con una singular protección ante el riesgo de que la información, aun*

¹⁵ De hecho, las agencias y oficinas antifraude de Cataluña, C. Valenciana, Andalucía y Baleares recientemente han suscrito un convenio de colaboración con la Fiscalía General del Estado para una mejor coordinación entre estos organismos. Ello merece, sin duda, una valoración positiva. <https://www.fiscal.es/-/la-fiscalia-general-del-estado-y-organismos-antifraude-de-andalucia-baleares-cataluna-y-valencia-refuerzan-la-lucha-contra-la-corrupcion> (último acceso 26/12/2023)

¹⁶ Esta cuestión, en particular, y respecto a la licitud de las pruebas obtenidas a través de los canales de denuncia, en general, han sido abordadas con mayor detalle en GIMENO BEVIA, J. (2021)

¹⁷ MORALES PRATS, F. “El Anteproyecto de Ley de Informantes: Delación y Estado de Derecho”, *Tribuna de El Confidencial*, 13 abril 2022. Disponible en el siguiente enlace https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-04-13/el-anteproyecto-de-ley-de-informantes-delacion-y-estado-de-derecho_3407884/ (último acceso 26/6/23)

con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar". Pero cabe distinguir la protección del denunciado frente a estas comunicaciones espurias de la depuración de responsabilidades del informante que, impunemente, lo calumnia. Y si bien, por ejemplo, la Oficina Antifraude de Cataluña advierte en su web que *"podrá exigir las responsabilidades que correspondan"* y la Agencia Valenciana las considera sancionables como infracciones muy graves hasta con 400.000 euros de multa a quien realice denuncias falsas, difícil sanción tendrá quien no puede ser identificado¹⁸.

Por todo ello, la admisión de informaciones anónimas que, en un sentido amplio, 1) puedan ser obtenidas de forma delictiva y, más concreto, 2) den lugar a denuncias falsas, no sólo afectarán al derecho de defensa de la persona denunciada, sino también a la determinación de responsabilidades del autor, protegido bajo el manto de anonimato, de tales comunicaciones.

4. LA CONTROVERTIDA OBLIGACIÓN DE AUTODENUNCIARSE VS EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE DE LA PERSONA JURÍDICA

Desde la Ley 5/2010 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la literatura sobre el derecho a la no autoincriminación ha resultado incesante¹⁹. Jurisprudencialmente, el TS ha sido meridianamente claro desde la STS 154/2016 de 29 de febrero en que a las personas jurídicas le asisten los derechos y garantías constitucionales que operan en el proceso penal²⁰.

Siempre hemos defendido, sin embargo, que tal reconocimiento es más teórico que real o práctico. Y ello porque existen vías para conculcar el referido derecho, tales como nombrar testigo a quien deba comparecer como representante o solicitar a la entidad que en un procedimiento administrativo sancionador

¹⁸ A diferencia de lo que acontece en los Estados Unidos el art. 21. F-9 (b) de la Securities Exchange Act advierte al informante que la información otorgada debe ser veraz bajo pena de perjurio

¹⁹ Entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M. "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol 42, 2022; GOENA VIVES, B. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021; SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. ("El derecho de las personas jurídicas a no auto inculparse por delito fiscal". *Diario La Ley*, Nº 8737, 8 de abril de 2016. Y, desde el Derecho Procesal, vid., por todos, ARANGÜENA FANEÑO, C. "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance" en *Tratado de compliance penal* (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

²⁰ "... de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones". También, en un sentido muy parecido, la STS 226/2016 de 16 de marzo.

entregue documentos que la puedan incriminar en un futuro proceso penal. De ahí que nos parezca más congruente -insisto, congruente, que no mejor-negárselo, tal y como acontece en el Derecho de los E.E.U.U. En dicho país, las personas jurídicas no tienen derecho a la V Enmienda con base en que no son ciudadanos sino una creación del Estado, de quien reciben sus derechos y privilegios, así como sus límites a través de las Leyes. Por consiguiente, permitir que la empresa se ampare en dicha Enmienda para protegerse del Estado, que es quien le ha conferido previamente la capacidad para realizar sus actuaciones, entienden los norteamericanos que resulta harto paradójico²¹.

Así las cosas, descendiendo al conflicto que plantea el ejercicio de este derecho con el requerimiento u obligación en la aportación de documentación, a falta de un ulterior y necesario pronunciamiento del TS, el relevante AAN 391/2021 de 1 de julio delimita, en materia de canales de denuncia e investigaciones internas, la información protegida por el derecho a no autoincriminarse. Y esa delimitación excluye los documentos internos que proceden del canal de denuncias, los resultados derivados de las investigaciones internas que “voluntariamente” haya desarrollado la entidad, las declaraciones en nombre de la persona jurídica o sus representantes en las que admitan existencia de irregularidades y aquellos documentos generados durante la investigación que forman parte de los programas de cumplimiento, siendo, por tanto, decisión de la entidad su aportación (o no) al poder afectar a su posición procesal en el procedimiento en cuestión²².

Pero la redacción de la Ley 2/2023 se infiere la quiebra de la voluntariedad en la revelación de la información por parte de la persona jurídica estableciendo auténticas obligaciones para la entidad, tanto a través de los sistemas internos como en el canal externo de la A.A.I. Concretamente, dos: la obligación de remitir información (art. 9.2 j y 19.2 c) y la de entregar el registro en un procedimiento judicial (art. 26)

²¹ Sobre el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en EEUU, puede verse VILLEGAS GARCÍA, M.A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016 y también GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y proceso penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016

²² Concretamente, el Auto indica que quedarán excluidos “Los documentos internos procedentes del “canal de denuncias” de las empresas en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente haya llevado a cabo la entidad, así como cualesquiera declaraciones bien de la entidad, o de sus representantes legales, admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación corporativa»; excluyendo del requerimiento documental objeto del recurso los programas de cumplimiento normativo (compliance), así como determinados documentos que eventualmente pudiera haber generado la sociedad en materia de investigaciones internas, «al formar parte estos de los programas de cumplimiento corporativos, cuya aportación voluntaria, es una decisión que corresponde en exclusiva a la persona jurídica investigada, al poder afectar a su posición procesal en el procedimiento en cuestión.” Sobre ello, véase el trabajo de CAELLAS CAMPRUBÍ, M. “El derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica investigada”, *La Ley Compliance Penal*, nº12, 2023

A) La obligación de remitir la información al M.F cuando los hechos puedan ser delictivos

En el marco de las disposiciones generales -sector público y privado- (Tít. II, Cap. I) el art. 9.2 j contempla, literalmente, la *“Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financieros de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea”*. La redacción ha sido interpretada como una verdadera obligación y no una posibilidad, como ha acontecido hasta la fecha pues, ni las reformas penales de 2010 y 2015 ni siquiera las circulares de la fiscalía de 2011 y 2016 han planteado, bajo ningún concepto, traspasar este límite que afecta no solo al derecho a la no autoincriminación sino, de pleno, a la presunción de inocencia²³.

¿Y qué sucede si incumple la referida obligación? Algunos autores entienden que la no remisión de la información al M.F pudiera tener encaje dentro de las infracciones leves establecidas en el art. 63.3 c) con sanciones para personas físicas y jurídicas, en este último caso, de hasta 100.000 € (art. 65.1 a)²⁴. Esta obligación, sin embargo, no venía impuesta ni tampoco sugerida por la Directiva 2019/1937 y resulta extraño que el legislador no haya reparado lo problemático que resulta cuando, a mayor abundamiento, fue advertido en la fase de enmiendas, concretamente la nº141 que alertaba de la afectación grave para el derecho de defensa. Además, en tanto afecta a derechos fundamentales, debiera haber sido introducida a través de una norma con rango de ley orgánica²⁵. No es de extrañar, por tanto, que autores como LIÑÁN LAFUENTE hayan apuntado la necesidad de incluir, a final del párrafo, una salvedad a esa obligatoria remisión, cual es: *“... salvo que exista una causa legal en la que se pueda amparar para no remitir la información”* permitiendo así que el responsable del canal lo comunique al administrador o consejo de administración que será en quien, voluntariamente, resida la decisión sobre la entrega o no de la información²⁶. Solución que, por

²³ Sobre ello, puede verse, la opinión, que compartimos, de AGUINAGA, B. *“Límites a las exigencias de la nueva ley de protección al informante”*, publicado el 30 de marzo de 2023 en el Diario Expansión y disponible en el siguiente enlace <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2023/03/30/6425662f468aeb81608b4660.html> (último acceso 26/12/23)

²⁴ Así lo advierte, en un interesante artículo WALSER BROSERMAN, J. *“Las carencias de la Ley Whistleblower y el deber de remitir las denuncias recibidas”* publicado en Economist and Jurist el 15 de mayo de 2023, accesible desde el siguiente enlace <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/las-carencias-de-la-ley-whistleblower-y-el-deber-de-remitir-las-denuncias-recibidas/> (último acceso 26/12/23)

²⁵ De hecho, los promotores de dicha enmienda apuntan que la obligación de denunciar ya se encuentra en el art. 259 LECrim y la redacción de este precepto *“no puede sustituir un supuesto que ya se encuentra regulado en la normativa penal vigente en España, que es el lugar donde debe regularse”*. Esta y todas las enmiendas presentadas pueden verse en el siguiente enlace https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-123-3.PDF (último acceso 26/12/23)

²⁶ Además de la referida solución, en un trabajo muy interesante, el autor analiza en profundidad todos los interrogantes que plantea esta ley en relación con el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica. Vid.,

supuesto, estimamos razonable y compartimos. También en el mismo sentido, sugiere AGUILERA GORDILLO que la actual redacción generará graves problemas en los procesos penales en que se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁷.

De otro lado, la obligación de remitir a la Fiscalía cualquier información delictiva puede llegar a resultar disfuncional pues, ante la obligación impuesta por la Ley 2/2023 de contar con el canal de denuncias (art. 10, art. 13), el caudal de información que llegará será exponencialmente muy superior a lo acontecido hasta la fecha, que su implementación no era obligatoria. Por consiguiente, ante una Fiscalía ya de por sí sobrecargada de trabajo y asumiendo, cada vez, más funciones -entre otras tras la reforma procesal penal de 2015-, cabe plantearse el recorrido que tendrá la información remitida y, sobre todo, la celeridad en la investigación que, no olvidemos, deberá llevar a cabo en un entorno corporativo, con las dificultades que ello entraña.

Asimismo, la referida obligación de remitir la información al M.F supone a nuestro juicio un ataque directo a los fundamentos de la autorregulación promovida en 2010 y con mayor profusión en 2015 para que las empresas controlasen sus riesgos criminales a través del *compliance*, al objeto de ver atenuada o eximida una hipotética responsabilidad penal (art. 31 bis CP). Así pues, la obligación de reportar al M.F (art. 9.2 j, 18 c) y la posibilidad de informar directamente ante la A.A.I (“*toda persona física podrá informar...*” art.16) implica una desconfianza hacia los sistemas internos de información en tanto guía o dirige tanto al responsable del canal como a los trabajadores a que remitan la información a las autoridades²⁸. Ello implica abandonar la apuesta hacia una mayor autorregulación empresarial, para avanzar en dirección a una suerte de autorregulación tutelada, controlada y dirigida por y hacia el Estado.

b) El acceso de la autoridad judicial al registro de informaciones

Otro aspecto que puede resultar controvertido es el contenido en el art. 26 que, en su número 2, establece la posibilidad de que el juez acceda al libro-

por todos, LIÑÁN LAFUENTE, A. “La Ley 2/2023 de protección al informante vs el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica” *La Ley Penal* nº 162, 2023

27 AGUILERA GORDILLO, R. “Órganos empresariales con funciones de supervisión, *compliance* y responsables de los canales de denuncia” *Compliance Advisory Lab Grant Thornton, Report 9*, 14 marzo 2023

28 Y ello con independencia de que el art. 5.2 indique el que el sistema interno de información, en cualquiera de sus fórmulas, deba garantizar que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo. Ese artículo carece de virtualidad cuando se trate de una actuación delictiva pues, si nada más conocerla tiene obligación “inmediata” de reportarla, además de no poder gestionar u ofrecer internamente una respuesta, deberá denunciarlo -y denunciarse, pues también se pondrá en tela de juicio el modelo de prevención, si lo tuviere, de la entidad- al M.F.

registro de informaciones en el marco de un procedimiento judicial. La entrega de este libro, en el que deben reflejarse tanto las informaciones recibidas como las investigaciones internas a las que haya dado lugar, puede plantear un problema de *nemo tenetur se ipsum accusare*. Parece que el hecho de que resulte obligatorio contar con el referido libro, no contravendría el derecho a no autoincriminarse en tanto derivaría de una obligación legal²⁹ y no de la exclusiva voluntad de la persona jurídica, en consonancia con lo apuntado en el ya citado AAN 391/2021. Ahora bien, de aceptar esta tesis, se antojaría realmente sencillo para el legislador establecer unas obligaciones legales *ex novo* para conseguir en el seno de un proceso judicial -que no necesariamente penal- documentación propia de un modelo de organización que debiera ser entregada voluntariamente por la persona jurídica. Además, la entrega del referido libro puede convertirse en un verdadero filón -“*el hilo de Ariadna*”, en palabras de LIÑÁN LAFUENTE- para las acusaciones que, tras constatar la existencia de una denuncia y posterior investigación interna, no parece aventurado afirmar que requerirán todo el expediente³⁰.

Por todo ello, entendemos que el legislador no debiera haber optado por establecer una obligación ni de denunciar ni de aportar información sino por el fomento de la cooperación voluntaria con las autoridades. Se trata, sin atisbo de duda, de una opción que se cohonesta mejor con el respeto a los derechos fundamentales, principalmente del derecho de defensa y promueve una armoniosa convivencia con los lineamientos de la autorregulación. Sin embargo, la autodenuncia y la cooperación con las autoridades no se encuentra, actualmente, suficientemente valorada por la justicia penal de ahí que, como sugiere DEL ROSAL BLASCO, las empresas deban reflexionar previa y pausadamente la trascendencia de esa decisión³¹.

A este respecto, quizás podrían arbitrarse soluciones en las que se le otorgue mucho más valor a la cooperación como, a modo de ejemplo, encontramos en la Ley 27401 de Argentina. De un lado, la denuncia espontánea tras la investigación

²⁹ Como acertadamente nos recuerda NEIRA PENA “cabe afirmar que el deber de someterse a ciertos controles o de exhibir ciertos documentos no siempre vulnera el derecho a no declarar, especialmente cuando tales materiales no han de ser específicamente producidos para ser aportados al proceso, sino que existen de forma previa e independiente a la voluntad del acusado, particularmente, en virtud de una obligación legal” en NEIRA PENA, A *La instrucción de los procesos penales frente a personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pág.291. También, en este sentido, PASCUAL SUAÑA, O. “Implicaciones del derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas del Proyecto de ley Whistleblower”, *Revista APDPUE*, nº6, 2022, pág. 102.

³⁰ “Y es aquí donde surgirá la pregunta de si esa documentación puede seguirse manteniendo que está protegida por el *nemo tenetur* de la persona jurídica, o debido a la obligación impuesta a la empresa, vía artículo 9 de la Ley 2/2023, de contar con un procedimiento que conlleva la obligación de realizar una investigación interna, se puede considerar excluida al no ser ya una investigación voluntaria, sino preceptiva”. LIÑÁN LAFUENTE, A. *op.cit*

³¹ Véase la entrevista realizada al autor en el *Diario Cinco Días de El País* “¿Garantiza la autodenuncia que la empresa se vea eximida de sus delitos?”, publicada el 23 de julio de 2018 y disponible en el siguiente enlace https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/20/legal/1532076051_240931.html (último acceso 26/12/23)

interna (autodenuncia), la implementación de un modelo de prevención y la devolución del beneficio indebido obtenido conlleva, *ex art. 9*, la exención de la pena. De otro, la cooperación puede dar lugar a la celebración de acuerdos de colaboración eficaz con el M.F. en las que las autoridades valoren, muy positivamente, la información ofrecida voluntariamente por la entidad (arts. 16 a 21). También, por supuesto, podría tomarse como modelo los estándares de la cooperación voluntaria (*self-disclosure policy*) de la Fiscalía norteamericana³². Pero para ello, en nuestro país, sería conveniente, -como venimos defendiendo desde hace una década- una reforma procesal penal que avance hacia el principio de oportunidad que no exponga a las empresas al daño reputacional o a diversos perjuicios colaterales -por ejemplo, la pérdida de trabajos- que puede producir el proceso y, por otro lado, evitando al Estado los costes y el tiempo de un largo y caro proceso penal que, en casos de grandes empresas, será presumiblemente complejo³³.

5. CONCLUSIÓN

Si bien el S. XX se caracterizó, sobre todo en sus últimas décadas, por el refuerzo y consolidación de las garantías, en este manido debate de garantías vs eficiencia, el presente S.XXI avanza hacia una justicia eficiente, incluso aceptando el sacrificio, la rebaja o limitación de las garantías para alcanzar dicho fin.

De un lado, que el proceso penal se erija en un límite a la eficacia de algunas de las medidas de protección planteadas cuando éstas puedan afectar o tensionar el derecho de defensa no debe hacernos caer en la tentación de rebajar o limitar este derecho. El derecho de defensa constituye la necesaria excepción a la regla general, reconocida tanto en la Directiva (art. 16.2) como en la propia Ley 2/2023 (art. 33.3), cuando la reserva de identidad pueda comprometer su correcto ejercicio. Por ello, en vez de buscar soluciones que decanten la balanza hacia una reserva absoluta de la identidad, debieran arbitrarse opciones que conjugasen, de forma equilibrada, ambos derechos.

De otro, no discutimos la eficacia del anonimato como medida de protección pues, lógicamente, nadie puede ser represaliado si no se conoce su identidad. Sin embargo, puede facilitar denuncias espurias, infundadas o directamente falsas, con el consecuente perjuicio al denunciado y crear un espacio de impunidad cuando la información aportada haya sido podido ser obtenida vulnerando derechos fundamentales. Del mismo modo, resulta paradigmático hablar de

³² Vid la política de cooperación voluntaria de la Fiscalía de EEUU (*United States Attorney's Offices Voluntary Self-Disclosure Policy*) El documento se encuentra disponible siguiendo el enlace https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2023/02/23/usao_voluntary_self-disclosure_policy.pdf (último acceso 26/12/23)

³³ Sobre ello, véase, ampliamente GIMENO BEVIA, J. *op. cit.*

ética corporativa o cumplimiento normativo y fomentar este tipo de prácticas cuyo origen es eminentemente inquisitorial³⁴.

Pero, como hemos advertido, *la Ley 2/2023 no sólo tiene por objetivo establecer medidas de protección para el informante, sino que también subyace el fomento de la denuncia y la búsqueda de la información por parte del Estado*. Ello refleja un cambio de tendencia de una perspectiva de Derecho continental hacia otra más cercana a sistemas de *common law* donde, generalmente, la obligación de denunciar no existe. Pero debiéramos hacer una lectura crítica y reflexionar sobre el impacto no solo material y procesal, sino incluso cultural y social que implica la paulatina adopción de instituciones propias de los Estados Unidos, pues la constante creación de agencias, autoridades independientes, oficinas, etc. nos lleva inexorablemente hacia un modelo de “agencies” en detrimento de una jurisdicción fuerte e independiente. Como alerta ARMENTA DEU, estamos ante una pujante administrativización, entendida como remisión a métodos propios del Derecho administrativo, más fácil de controlar y desjudicializando “lo procesal”³⁵. Por todo ello, protección al informante, rotundamente sí, pero con respeto al sistema de garantías constitucionales que, tanto tiempo, ha costado construir.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, R. “Órganos empresariales con funciones de supervisión, compliance y responsables de los canales de denuncia” Compliance Advisory Lab Grant Thornton, Report 9, 14 marzo 2023

AGUINAGA, B. “Límites a las exigencias de la nueva ley de protección al informante”, publicado el 30 de marzo de 2023 en el Diario Expansión y disponible en el siguiente enlace <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2023/03/30/6425662f468aeb81608b4660.html>

ARANGÜENA FANEGO, C. “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance” en *Tratado de compliance penal* (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

AYALA DE LA TORRE, J.M y BUENO SÁNCHEZ, J.M. *La protección al informante en el Derecho español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2023

ARMENTA DEU, T. *Derivas de la Justicia*, Ed. Marcial Pons, 2021

BACHMAIER WINTER, L. en los Debates Jurídicos de la UNED, concretamente en “La nueva ley de protección a los denunciantes (ley whistleblowing): una lectura desde el sector público, privado y derecho comparado” celebrado el 23 de marzo de 2023 y accesible a través de Canal UNED

BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A. “El régimen jurídico- procesal del whistleblower. La influencia del Derecho europeo” en *Tratado de compliance*

³⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Ecos de Inquisición*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2014 pág.294

³⁵ Vid. por todos ARMENTA DEU, T. *Derivas de la Justicia*, Ed. Marcial Pons, 2021, pág. 15 y ss,

penal (GÓMEZ COLOMER, J.L.Dir.). Tirant lo Blanch, 2019.

CAELLAS CAMPRUBÍ, M. “El derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica investigada”, *La Ley Compliance Penal*, nº12, 2023

DEL ROSAL BLASCO, B. “¿Garantiza la autodenuncia que la empresa se vea eximida de sus delitos?”, en el *Diario Cinco Días de El País* publicada el 23 de julio de 2018 y disponible en el siguiente enlace https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/20/legal/1532076051_240931.html

DE LA CRUZ LÓPEZ, P. “Medidas para la protección de la persona afectada. Algunas consideraciones sobre el estatuto del denunciado” en *La Directiva de protección a los denunciantes y su aplicación práctica al sector público* (LÓPEZ DONAIRE, M.B y GIMENO BEVIÁ, J. Dirs.) Tirant lo Blanch, 2020

FORTUNY CENDRA, M. “¿Quién le pone el cascabel al gato? Incógnitas de la transposición de la Directiva Whistleblowing”. Disponible en el siguiente enlace <https://fortunylegal.com/incognitas-de-la-transposicion-de-la-directiva-whistleblowing/>

GARCIA-MORENO DE LA GALANA, B. *Del Whistleblower al Alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020

GIMENO BEVIA, J. “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de las personas jurídicas” en *Diario La Ley* nº 8437, 2014

GIMENO BEVIA, J. *Compliance y Proceso penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016

GIMENO BEVIA, J. “De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bouny hunter)” en *Diario La Ley* nº9139, 2018

GIMENO BEVIA, J. “Valor procesal de las fuentes de prueba obtenidas en el marco de las investigaciones internas” en *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia* (FORTUNY CENDRA, M. Dir.) Thomson Reuters Aranzadi, 2021

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2015, 2ª Ed

GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021

GÓMEZ TOMILLO, M.; “Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimiento de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol 42, 2022; GOENA VIVES, B. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23, 2021

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Ecos de Inquisición*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2014

LIÑÁN LAFUENTE, A. “La Ley 2/2023 de protección al informante vs el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica” *La Ley Penal* nº 162, 2023

MAGRO SERVET, V. “¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?” en *Diario La Ley* nº 9586, 4 de marzo 2020

MORALES PRATS, F. “El Anteproyecto de Ley de Informantes: Delación y Estado de Derecho”, *Tribuna de El Confidencial*, 13 abril 2022. Disponible en el siguiente enlace https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-04-13/el-anteproyecto-de-ley-de-informantes-delacion-y-estado-de-derecho_3407884/

NEIRA PENA, A. *La instrucción de los procesos penales frente a personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017

PASCUAL SUAÑA, O. “Implicaciones del derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas del Proyecto de ley Whistleblower”, *Revista APDPUE*, nº6, 2022

PONCE SOLE, J. “Las agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación de la calidad de su diseño normativo” en *Revista Internacional Transparencia e Integridad* nº3 enero-abril 2017

RUBIO EIRE, J.V “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una investigación penal”, *Tribuna Francis Lefebvre*, 5 de mayo de 2013

SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. “El derecho de las personas jurídicas a no auto inculparse por delito fiscal”. *Diario La Ley*, Nº 8737, 8 de abril de 2016

VILLEGAS GARCÍA, M.A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016

VILLEGAS GARCÍA, M.A. “Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección al informante”, *Diario La Ley* nº10187, 13 diciembre 2022

WALSER BROSERMAN, J. “Las carencias de la Ley Whistleblower y el deber de remitir las denuncias recibidas” publicado en *Economist and Jurist* el 15 de mayo de 2023, accesible desde el siguiente enlace <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/las-carencias-de-la-ley-whistleblower-y-el-deber-de-remitir-las-denuncias-recibidas/>

LAS CIRCUNSTANCIAS EXTINTIVAS Y LAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

¿NUMERUS CLAUSUS?

EXTINGUISHING AND MODIFYING CIRCUMSTANCES ON THE CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS: NUMERUS CLAUSUS?

Esteban Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2024
Fecha de aceptación: 8 de marzo de 2024

SUMARIO: 1. Un planteamiento singular. 2. El Legislador desconfía de la responsabilidad penal de la persona jurídica. 3. La única eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4. Un catálogo de circunstancias modificativas exclusivo para las personas jurídicas. 5. Desigualdad, principio de legalidad y aplicación analógica de normas beneficiosas.

RESUMEN:

Entre las muchas singularidades del régimen jurídico establecido en el Código Penal para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra un sistema propio de circunstancias excluyentes y modificativas, compuesto por una eximente y cinco atenuantes, sin ninguna previsión de agravantes, que operan como Ley especial respecto del régimen general de los artículos 20 a 23 de ese mismo texto, y que por ello lo desplazan y hacen inaplicable para las personas jurídicas. En este trabajo se indaga en el sentido y justificación de estas previsiones, y se analiza su eventual

confrontación con el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley.

ABSTRACT:

Among the many peculiarities of the legal regime established in the Criminal Code to determine the criminal liability of legal persons, there is a system of excluding and modifying circumstances, composed of one exemption and five mitigating circumstances, without any provision for aggravating ones, which operate as a special law with respect to the general regime of articles 20 to 23 of the same text, and that therefore displace it and make it inapplicable to legal persons. This paper investigates the meaning and justification of these provisions, and analyzes their eventual confrontation with the right to equality in front of the law.

PALABRAS CLAVE:

Agravantes; atenuantes; compliance penal; eximentes; responsabilidad penal de personas jurídicas.

Keywords:

Aggravating factors; criminal compliance; criminal liability of legal persons; extenuating circumstances; mitigating factors.

1. UN PLANTEAMIENTO SINGULAR

Cuando la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó al ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no lo hizo articulando una nueva forma de autoría (paralela al tradicional régimen jurídico penal de las personas físicas), que ajustara a las especialidades de estos entes las previsiones genéricas del Código Penal, sino estableciendo un régimen jurídico propio y específico para ellos, con más diferencias que coincidencias con el previsto para las personas físicas.

Entre estas especialidades destaca el sistema propio de circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad penal, que establecen los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter de este mismo texto en los siguientes términos:

- a. Sólo existe una circunstancia eximente, consistente, en esencia, en la adopción y ejecución eficaz, antes de la comisión del delito, de “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.
- b. Se prevén únicamente cinco atenuantes. El artículo 31 quáter del Código dice que “sólo podrán considerarse” como tales las cuatro contenidas en la

relación que se efectúa en él, y que son la confesión de la infracción a las autoridades; la colaboración con la investigación (aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos); la reparación o disminución del daño causado por el delito; y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (compliance penal). Incrementando el carácter restrictivo con el que el Legislador ha previsto las posibilidades de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, precisa también el artículo 31 quáter que los hechos que las configuran deben haberse realizado “con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales”.

Pero ese precepto olvida que los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis, tras regular la única causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas (en relación con los dos ámbitos de actuación delictiva que establece el artículo 31 bis.1), indican respectivamente: “En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena” y “en este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”. Este formato de atenuación permite construir, así (“atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren”, en los términos del artículo 68 del Código), tanto una semieximente como, en su defecto, una atenuante ordinaria¹.

- c. Y no se establece, de manera expresa, para su aplicabilidad específica a las personas jurídicas, ninguna circunstancia agravante.

De lo que se trata ahora es de indagar en los fundamentos y efectos de esta singularidad.

2. EL LEGISLADOR DESCONFÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Cuando leí en el “Boletín Oficial del Estado” la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tuve la vívida impresión de que el Legislador que estaba incorporando al ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas no actuaba convencido de la bondad ni de la utilidad de esta regulación, y que lo hacía con una manifiesta desconfianza y prevención hacia ella. Esta sensación

¹ MARTÍN FERNÁNDEZ, D., “De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica”, publicado el 28 de mayo de 2019, pp. 3 y 7. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/de-las-atenuantes-aplicables-la-responsabilidad-penal-diego/?originalSubdomain=es> (última consulta: 4 de febrero de 2024).

resultaba de los tres siguientes y cumulativos motivos:

- a. De que era una regulación eminentemente teórica, sin ninguna previsión ni posibilidad de hacerla operativa en términos prácticos (forenses), al no haberse acompañado de una coetánea modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que resolviera los inevitables problemas operativos resultantes de su aplicación en un sistema procesal hecho a la medida y en consideración a las características propias de la persona física (entonces no se podía saber a quién y cómo se notificaría la condición de investigada de una persona jurídica, ni cómo declararían ésta en el Juzgado de Instrucción, ni quién y cómo se sentaría en el banquillo en su nombre o representación cuando llegase el momento del Juicio Oral, ni, entre tantas otras cuestiones prácticas semejantes, quién y cómo podría decidir una eventual conformidad con la acusación). Y me afianzó en aquella sensación inicial el hecho de que el Legislador tardara dieciséis meses en aprobar la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, con la que daba respuesta a estas cuestiones, y hacía procesalmente viable la tramitación de una causa contra una persona jurídica.
- b. De que esta responsabilidad penal de las personas jurídicas no se incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico como una nueva modalidad de autoría o participación criminal, pareja a la de la persona física, y aplicable a todos los casos en que pudiera apreciarse una intervención de la persona jurídica en la realización de un hecho delictivo, con la misma vocación de generalidad en que venía redactado el artículo 15 bis del texto refundido de 1973, sino de una manera fragmentaria y doblemente selectiva². De este modo, su aplicabilidad quedaba restringida, por un lado, y en los términos en que quedó redactado el artículo 31.bis.1, a “los supuestos previstos en este Código” (careciendo por completo de justificación que una modalidad de autoría sólo pueda aplicarse a un *numerus clausus* de figuras delictivas); y, por otro, y de conformidad con la expresa previsión del entonces artículo 31.bis.5, se excluía de esta responsabilidad penal “al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público” y “a aquellas otras

² No me sirven, a estos efectos, las superficiales invocaciones a su imposibilidad material de cometer delitos contra la vida o de agresión sexual, pues, por un lado, la responsabilidad penal no sólo se exige a los autores materiales de la acción típica (siendo especialmente fácil concebir, en el ámbito de la actuación de las personas jurídicas, supuestos de cooperación necesaria en comisión por omisión); y, por otro, el propio Legislador ha derribado aquellos prejuicios al incorporar (mediante la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre) un apartado 5 al artículo 184 del Código penal, en el que establece la responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de acoso sexual. No hay, así, ningún obstáculo que impida plasmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una forma de autoría.

que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Era la fiel traslación, al nuevo régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de aquel brocardo decimonónico que postulaba que “al indiferente, la legislación vigente”.

- c. Y de que esa responsabilidad no alcanzaba, paradójicamente, a los dos supuestos en que el delito incide de manera más directa en el ámbito estructural y funcional de la persona jurídica y que, por ello, ésta debe tutelar de manera más intensa y eficaz, y asumir, de no hacerlo, y provocarse la lesión de alguno de los bienes jurídicos implicados, el correspondiente reproche penal: los delitos contra los derechos de los trabajadores (respecto de los que el artículo 318 del Código Penal vigente establece que, si los hechos se atribuyeran a personas jurídicas, “se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”, pudiéndose también imponer las medidas accesorias previstas en el artículo 129 del mismo texto legal) y a los delitos societarios (pese a que, en su mayoría, son delitos especiales que sólo pueden cometer, a título de autor, los administradores de hecho o de derecho de esas personas jurídicas)³.

Desde esta perspectiva, la limitación del catálogo de circunstancias eximentes y atenuantes aplicables a las personas jurídicas, y la inexistencia de previsión alguna que permita reconocer la eventual concurrencia de ninguna agravante, deben enmarcarse en *la decidida voluntad del Legislador de singularizar la responsabilidad penal de la persona jurídica como un título de imputación extravagante⁴, muy diferente al que justifica la responsabilidad de la persona física (y quizá imposible de reconducir a un fundamento común).*

3. LA ÚNICA EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. La previsión expresa, sus requisitos, y su justificación.

El artículo 31 bis del Código ha concretado una doble vía para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Como resumía el apartado VII del

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 74-77, con otras referencias.

⁴ En los dos sentidos que reconoce el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “que se hace o dice fuera del orden o común modo de obrar”; y “raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original”.

Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en ellas [artículo 31 bis.1.a)], “se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación” [artículo 31.bis.1.b)].

Respecto del primero de esos cauces de imputación de la persona jurídica, la exención de la responsabilidad penal exige el cumplimiento, cumulativo, de las condiciones establecidas en el artículo 31 bis.2 del Código, y consistentes en la adopción y ejecución eficaz de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; la atribución de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos (con la única salvedad de lo previsto en el artículo 31 bis.3); que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente esos modelos de organización y de prevención; y que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de aquellas funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que las tiene atribuidas.

Y, respecto de la segunda vía de imputación de la persona jurídica, la exención de la responsabilidad penal requiere un comportamiento más sencillo (establecido en el artículo 31 bis.4 del Código): adoptar y ejecutar eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En ambos casos, los modelos de organización y gestión que se exigen para que opere la exención de la responsabilidad penal, deben cumplir los detallados requisitos que prevé el artículo 31 bis.5 del Código.

Estas previsiones son perfectamente coherentes con la finalidad preventivo general del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica previsto por el Legislador especialmente con la reforma del Código Penal instrumentada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Y ello porque (en los términos de la fundamental STS 154/2016, de 29 de febrero), este sistema se basa (una vez constatada la previa comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la organización) en la exigencia del establecimiento y correcta

aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes componen esa persona jurídica. Por ello, y conforme concreta esta misma resolución, *la aplicación de la nueva regulación establecida en el artículo 31 bis del Código Penal requiere analizar si el delito cometido por la persona física en el seno de la jurídica “ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos,* tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal”.

La configuración de este modelo ha dado lugar a la expansión de los sistemas de compliance penal, que se han generalizado y convertido, en la actualidad, en núcleo esencial de la defensa procesal de las personas jurídicas investigadas, puesto que, si la empresa o entidad que se ve involucrada en un hecho delictivo posee uno de ellos, que además cumpla satisfactoriamente los requisitos del artículo 31 bis.2 o 4 del Código, queda exonerada de responsabilidad penal; si lo tiene pero no de manera completamente satisfactoria en esa perspectiva legal, puede beneficiarse de una semieximente, o una atenuante, en los términos ya expuestos; y, si no lo tiene pero lo adopta de manera eficaz y completa tras la realización del hecho delictivo, y antes de la celebración del Juicio Oral, también se le puede aplicar una circunstancia atenuante de la responsabilidad. Así, el sistema establecido por el Legislador se cierra de manera perfecta.

2. Las eximentes excluidas de aplicación para las personas jurídicas.

Las eximentes previstas, con carácter general, en el artículo 20 del Código no pueden, por el contrario, y por los motivos de especialidad excluyente ya expuestos, aplicarse para eludir el castigo de una persona jurídica. Pero el fundamento de esta exclusión debe radicar en dos consideraciones diferentes, pues son dos, y de muy diversa naturaleza, las grandes categorías en que pueden sistematizarse esas circunstancias:

- a. Las que afectan a los presupuestos de la culpabilidad (inimputabilidad):

Como convencido que soy de la concepción normativa de la culpabilidad como reprochabilidad penal individual⁵, estimo que la persona jurídica no realiza

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 69, exponía con toda claridad que la culpabilidad, desde esta perspectiva, se concibe “como el reproche que se le hace al autor porque ha realizado una acción antijurídica a

ninguna acción humana voluntaria, y por ello no puede ser sujeto activo de la conducta típica⁶, ni puede actuar con dolo o imprudencia propia, ni por todo ello puede cometer el delito, por lo que no puede configurarse como autora del mismo⁷.

Por ello, me parece perfectamente razonable, además de congruente en la perspectiva ya expuesta del Legislador (y no discutible desde ninguna otra posición doctrinal), que las personas jurídicas no puedan beneficiarse de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en los apartados primero a tercero, y sexto, del artículo 20 del Código (anomalía o alteración psíquica que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; hallarse, al tiempo de cometer el delito, en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; grave alteración de la conciencia de la realidad a consecuencia de sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia; y miedo insuperable). Todas ellas traen causa de una situación física o psíquica, y excluyen la responsabilidad desde estrictos criterios biológico-psicológicos. Por ello, es ontológicamente imposible que se presenten en una persona jurídica, que carece de esos presupuestos materiales de afectación. En consecuencia, cuando el Legislador ha excluido la aplicabilidad de esas circunstancias a las personas jurídicas, sencillamente ha plasmado una obviedad.

b. Las que afectan a las causas de justificación (exclusión de la antijuridicidad):

Los apartados cuarto, quinto y séptimo del artículo 20 plasman tres diversas situaciones (por su orden numérico, legítima defensa, estado de necesidad, y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) cuya concurrencia en la comisión de un hecho aparentemente delictivo excluye la responsabilidad penal, pues convierten la actuación en legítima⁸. Ninguna

pesar de que podría haber actuado de otra forma”.

6 Lo he expuesto, con mayor detalle del que puedo dar aquí, en mi artículo “El principio de culpabilidad en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, publicado en el Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 2020, pp. 269 a 277. Desde una perspectiva semejante, la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, reconoció que “el art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas “serán penalmente responsables de los delitos cometidos” por personas físicas. (...) Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito, sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”.

7 Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., <<¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)>>, en Diario La Ley, nº 7561, 3 de febrero de 2011, p. 1; y LUZÓN PEÑA, D. M., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2016, pp. 8 y 495.

8 Como igualmente precisa GIMBERNAT ORDEIG, E., Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, op.

de estas circunstancias deriva de una conformación personal del responsable del hecho, ni de sus características biológicas o psicológicas, sino de una especial atribución de facultades de actuación que el Estado efectúa, en el caso concreto, a una persona cuya actuación se valora (aunque lesione o ponga en peligro un bien jurídico que el mismo Estado está encargado de proteger) como conforme a Derecho. Desde esta perspectiva, la conducta es legítima por motivos extrínsecos al sujeto que actúa, y por ello, en términos ontológicos, la causa de justificación no debería aplicarse de manera diferente a las personas físicas y a las jurídicas. No se trata ahora de plantear en qué casos concretos (y especialmente a la vista del tasado y limitado número de delitos que puede cometer una persona jurídica) podría eximirse a éstas de responsabilidad penal por haber actuado en legítima defensa, o en estado de necesidad, o en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, sino de asumir si sería legítimo que, en una misma actuación, la persona física que hubiera determinado (conforme a cualquiera de las hipótesis de los dos apartados del artículo 31 bis.1) la responsabilidad penal de la persona jurídica quedara exenta en aplicación de una de esas eximentes, y la empresa o entidad fuera penalmente sancionada sin la menor consideración a esa circunstancia objetivamente concurrente.

Es cierto que el segundo apartado del artículo 31 ter determina que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se excluye ni se modifica (al margen de otros supuestos no relevantes para el objeto del presente estudio) por “la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, pero debe ponerse de relieve que esta frase carece de contenido efectivo, pues se refiere a circunstancias que son de por sí inaplicables a las personas jurídicas: las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado” (causas de inimputabilidad, ontológicamente inaplicables a estos entes) y las que “agraven su responsabilidad” (igualmente inaplicables a ellos porque el propio texto legal no ha previsto ninguna circunstancia agravante de su responsabilidad).

4. UN CATÁLOGO DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS EXCLUSIVO PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. El reducido ámbito de las atenuantes admitidas

cit., p. 33, “para determinar qué es lo que está prohibido, hay que poner en conexión el tipo en sentido estricto (matar, hurtar, falsificar) con las causas de justificación (legítima defensa, cumplimiento de un deber), pues matar o hurtar, sin más, no está prohibido: lo está si no concurre una legítima defensa o cualquier otra causa de justificación”.

El artículo 31 quáter del Código establece, con taxatividad, que “sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, las cuatro que allí relaciona y cuya efectividad sujeta, como he adelantado, a que se hayan realizado “con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales”.

La idea de un listado cerrado de circunstancias atenuantes (que lo es incluso si se añaden la semieximente y la atenuante que derivan del texto de los artículos 31 bis.2 *in fine* y 31 bis.4 *in fine*) contradice una larga tradición histórica de carácter humanitarista (que se mantiene inalterada e indiscutida en la actualidad), conforme a la que el Legislador contempla con generosidad las situaciones que permiten atemperar la responsabilidad penal de quienes actúan de manera menos reprochable en la comisión del ilícito objetivo, y además abre expresamente la posibilidad de conceder los mismos efectos atenuatorios a “cualquier otra circunstancia de análoga significación” (artículo 21.7º del Código Penal vigente) a las previstas de manera expresa como tales (hoy en día en los primeros seis numerales de ese artículo 21).

La concurrencia de esas circunstancias posibilita la reducción de la penalidad prevista en el tipo correspondiente del Código Penal conforme a las previsiones del artículo 66.1 del Código (aplicable para las personas jurídicas por la remisión expresa que efectúa el primer párrafo del artículo 66 bis): mitad inferior del grado si sólo concurre una atenuante (regla 1ª), o pena inferior en uno o dos grados si concurren dos o más, o una o varias muy cualificadas (regla 2ª, que también añade que no han de apreciarse agravantes, lo que en este caso no se plantea, al no reconocer el Código ninguna para las personas jurídicas).

Las circunstancias atenuantes que contempla expresamente el artículo 31 quáter del Código son las siguientes:

- a. La de confesión (“haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”), que se redacta de manera prácticamente idéntica al modo en que se reconoce, con carácter general, en el artículo 21.4ª del Código.

Esta identidad de contenido facilita la interpretación del nuevo precepto, pues le resulta aplicable cuanto la jurisprudencia ha establecido en relación con esta última circunstancia. Así, se trata de un comportamiento postdelictual (que por ello no puede disminuir lo injusto de la conducta ya realizada), que se instrumenta a través de “una declaración en la cual una persona reconozca su participación en una actividad delictiva, cualquiera que sea la forma en que esta declaración se realice” (STS 43/2000, de 25 de enero), que se establece en

el Código por razones de política criminal (SSTS 832/2010, de 5 de octubre, y 240/2012, de 26 de marzo)⁹, en razón a la “realización de actos de colaboración en la investigación del delito” (SSTS 38/2013, de 31 de enero, y 116/2013, de 21 de febrero)¹⁰. En definitiva, y como establecen las SSTS 885/2014, de 30 de diciembre y 186/2018, de 17 de abril, “lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor en la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias”.

Según constante jurisprudencia sobre el artículo 21.4ª del Código, sus requisitos son: un acto de confesión de la infracción; la veracidad de la confesión en lo sustancial, pues de otro modo no puede calificarse en sentido propio de confesión; que se haga ante la autoridad, incluyendo sus agentes, o funcionarios cualificados para recibirla; hacerse antes de que el inculpado conozca que es investigado policial o judicialmente por los mismos, dado que en el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (por todas, SSTS 372/2014, de 15 de mayo, y 569/2014, de 14 de julio); y que suponga “una aportación relevante que contribuye de modo decisivo a la restauración del orden jurídico alterado por el delito, entendiéndose por tal aquella que permita un esclarecimiento de lo sucedido mediante la comunicación a la autoridad de aspectos de importancia aún no conocidos y que no resultaran de descubrimiento inevitable y que, además, se ajuste a la realidad de los hechos según resulte de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal” (STS 350/2023, de 11 de mayo).

- b. La colaboración con la investigación (“haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”), que es una circunstancia sin paralelismo con ninguna de las contempladas con carácter general en el listado del artículo 21

⁹ “Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión –siempre voluntaria y espontánea– del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del *ius puniendi*. Quien voluntariamente confiesa su participación en el hecho delictivo, rebaja la intensidad del juicio de reproche y demuestra una menor necesidad de pena” (SSTS 25/2013, de 16 de enero, y 754/2016, de 13 de octubre). MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª. ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 605, focaliza también el fundamento de esta atenuante en “la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial” del delito.

¹⁰ GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la Justicia*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 45 y 50, califica esta circunstancia genérica como “incentivo penal”, y encuentra su justificación en que “facilita la tarea de la Administración de Justicia y, por consiguiente, la aplicación coactiva de la Ley”. De este modo, “se está permitiendo aplicar, aunque de forma atenuada, una sanción penal, lo que conlleva que se reafirme el ordenamiento jurídico en un doble sentido: primero, por el sujeto activo, que con su confesión reconoce la vigencia del ordenamiento jurídico que quebrantó con su actuar precedente, y, en segundo lugar, por el sistema penal que impone la pena al hecho dañoso pero rebajada por la contribución del sujeto con la Administración de Justicia”.

del Código, pero significativamente coincidente con parte del contenido de las medidas premiales establecidas en los artículos 376 (primer párrafo)¹¹ y 579 bis (tercer párrafo)¹² del Código Penal, para combatir, respectivamente, los delitos contra la salud pública y los de terrorismo, que son, sin lugar a dudas, las infracciones que (por su gravedad objetiva, trascendencia social y complejidad y permanencia de sus estructuras de autoría) más preocupan e inquietan al Legislador penal. De este modo, con la plasmación de esta circunstancia se está reconociendo la especial peligrosidad de la capacidad organizativa de las personas jurídicas¹³, pues el objetivo político-criminal de estas previsiones de atenuación es evidente¹⁴: "una finalidad práctica o utilitaria, consistente en conseguir la colaboración -delación- de quienes por dedicarse a determinado género de delincuencia (actividades terroristas y contra la salud pública), pueden contribuir a su debilitamiento, es decir, la razón de dicho tratamiento beneficioso o de benignidad es de política criminal, orientado a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados" (STS 104/2011, de 1 de marzo)¹⁵.

En todo caso, y específicamente sobre esta circunstancia prevista en el artículo 31 quáter.b), de la muy escasa jurisprudencia que existe a la fecha de cierre de este trabajo pueden obtenerse dos datos relevantes: que "la atenuación es una facultad potestativa del órgano jurisdiccional, no imperativa, ya que (.../...)

11 "En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado".

12 "En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado".

13 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "Derecho penal de la empresa e imputación objetiva", Ed. Reus/Cámara de Madrid, Madrid, 2007, pp. 123-124, destaca cómo "el contexto organizativo de actuación puede afectar al significado delictivo de la conducta", y concluye: "es un error interpretar en clave estrictamente individual el sentido objetivo de algunos comportamientos que tienen que ver con organizaciones complejas".

14 Con mayor profundidad, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., <<Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido">>, en *La Ley*, número 4132, 27 de septiembre de 1996, pp. 3 y 4.

15 En el mismo sentido, dice la STS 115/2014, de 25 de febrero (en relación con la previsión del artículo 376): "son razones de política criminal las que impulsan las previsiones contenidas en este precepto, orientadas a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados"; y, respecto de la del artículo 579 bis, la doctrina resalta que "se trata de obtener la mayor información posible de las actividades terroristas, no sólo para obtener las pruebas necesarias que permitan su más eficaz persecución y castigo, sino también para poder prevenir futuros delitos" (V. AGUDO, JAEN, PERRINO, *Terrorismo en el siglo XXI*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 111).

el concepto de “pruebas nuevas y decisivas” debe ser objeto de una correcta interpretación (datos aptos para el esclarecimiento de los hechos)” (Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 179/2022, de 14 de marzo); que, dada su naturaleza objetiva, su aplicabilidad no depende del éxito de la incriminación (“ya que la investigación pueda fracasar por causas ajenas a la voluntad y control de quien denuncia, o simplemente porque, aunque esa incriminación se considere veraz, si sólo se cuenta con ella, se deba considerar insuficiente como prueba de cargo para apoyar una sentencia de condena”) (Sentencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional 9/2022, de 13 de julio); y que la posibilidad de su ejercicio es uno de los motivos que impiden (para evitar evidentes conflictos de intereses) que el representante en el proceso de la persona jurídica investigada (o acusada) sea la misma persona física a la que se imputa la realización de los hechos delictivos, pues la actuación de éste “se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante” (STS 154/2016, de 29 de febrero)¹⁶.

- c. La reparación o disminución del daño causado (“haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”). Es circunstancia coincidente (con leves diferencias de redacción) con la atenuante prevista en el artículo 21.5ª del Código, y por ello debe entenderse que su fundamento es el mismo que el establecido por la jurisprudencia para la aplicación de ésta: “un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima, porque en términos estrictamente pragmáticos se hace necesario ofrecer algún premio a quien esté dispuesto a dar cumplimiento a un interés general en que sea satisfecha la víctima (interés que se extiende a todos los ciudadanos como víctimas potenciales de futuros delito). Se ha aplaudido su existencia también por motivos preventivos, dado que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un inicio de

¹⁶ Y concluye esta resolución: “En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación”.

predisposición a una regeneración que disminuya la peligrosidad” (STS 378/2018, de 23 de julio)¹⁷. Por el mismo motivo deben trasladarse a la aplicabilidad de esta atenuante los mismos requisitos exigidos para la de aquélla: que la conducta se lleve a cabo antes de la celebración del juicio oral (STS 750/2017, de 22 de noviembre); que se produzca respecto de delitos de resultado (STS 545/2012, de 22 de junio); que la reparación proceda del acusado, aun cuando se admita que la haga efectiva un tercero por iniciativa de aquél” (STS 349/2015, de 3 de junio); que no se precisa que tenga contenido económico, admitiéndose expresamente una reparación simbólica; que debe ser significativa y relevante, por lo tanto no ficticia; que evidencie un esfuerzo del acusado; y que se realice tanto mediante consignación directa y espontánea de la cantidad correspondiente, como por la vía de la restitución o indemnización de los perjuicios (SSTS 435/2012, de 31 de mayo, y 770/2013, de 22 de octubre). Y, si estos requisitos se cumplen holgadamente, se puede aplicar con carácter de cualificada (STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019).

- d. Y el establecimiento de medidas de compliance penal antes de la celebración del juicio (“haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”). Obviamente, esta circunstancia responde a los mismos objetivos de política criminal que la eximente prevista en los artículos 31 bis.2 y 4, que ya se han analizado, si bien su eficacia sólo alcanza la atenuación de la responsabilidad por su carácter más limitado: básicamente, la eximente requiere “modelos de organización y gestión” de contenido más amplio que las “medidas eficaces para prevenir y descubrir” delitos a que se refiere la atenuante; así como que se adopten “antes de la comisión del delito”, en tanto que para la atenuación es suficiente con que las medidas eficaces de prevención y descubrimiento se hayan establecido “con posterioridad a la comisión del delito” y “antes del comienzo del juicio oral”.

Por tanto, este artículo 31 quáter.d) no configura una semieximente que permita la aplicación -analógica- de la regla penológica del artículo 68 del Código (pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley), puesto que la distinción entre esta atenuante y aquellas eximentes no puede valorarse en atención al “número y la entidad de los requisitos que falten o concurran”, sino en función de presupuestos aplicativos diferentes. Otra cosa son las previsiones de los últimos párrafos de los artículos 31 bis.2 y 4, que sí recogen supuestos

¹⁷ Con mayor detalle, SILVA SÁNCHEZ, J.M. <<Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación>>, en *Poder Judicial*, nº 45, 1997, pp. 183 y ss, y especialmente p. 202.

de concurrencia incompleta de la eximente y que, por tanto, en atención a esos “requisitos que falten o concurran”, pueden generar supuestos de atenuación y de semiexención¹⁸.

2. Las atenuantes inaplicables a la persona jurídica.

El mismo criterio conforme al que el Legislador excluye la aplicabilidad, a las personas jurídicas, de las eximentes que afectan a los presupuestos de la culpabilidad justifica que estos entes no puedan beneficiarse de las atenuantes que los artículos 21.2º y 3º, y 23, basan en circunstancias de naturaleza personal (respectivamente, actuar a causa de una grave adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan provocado arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante; y dirigir la agresión contra una persona de su estricto ámbito familiar), ni de las semieximentes resultantes de la conexión entre los artículos 21.1º y 20.1º, 2º, 3º y 6º del Código Penal (respectivamente, anomalía o alteración psíquica; intoxicación por las bebidas o sustancias ya indicadas; alteraciones en la percepción; y miedo insuperable). Todas ellas traen causa de una situación física o psíquica que es ontológicamente imposible se presente en una persona jurídica, que carece de esos presupuestos materiales de afectación. Por ello, y también en este caso, cuando el Legislador ha excluido la aplicabilidad de esas circunstancias a las personas jurídicas, ha plasmado de nuevo una obviedad.

No sucede lo mismo, sin embargo, con las atenuantes previstas en los apartados 6º y 7º del artículo 21 del Código¹⁹. La primera de ellas (dilaciones indebidas) minorra la responsabilidad penal para las personas físicas con la finalidad de “compensar la parte equivalente de la gravedad de la culpabilidad en la determinación de la pena, pues la pérdida del derecho que se ha ocasionado al acusado comporta una equivalente reducción de la «deuda» que el mismo tiene con la sociedad como consecuencia de la comisión del delito» (SSTS de 8 de junio de 1998 y 25 de mayo de 2010, siguiendo lo acordado en el Pleno de la Sala de lo Penal de este órgano de 21 de mayo de 1998). Y ello no en razón de una menor culpabilidad del autor, sino “de circunstancias ajenas a la acción”²⁰

18 AGUILERA GORDILLO, R., *Manual de compliance penal en España*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 472 a 474, estima, por el contrario, que ontológicamente estas circunstancias no pueden ser calificadas como semieximentes, sin perjuicio de la valoración de su efecto atenuante de la responsabilidad penal.

19 MARTÍN FERNÁNDEZ, D., *De las atenuantes aplicables a la responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., p. 4.

20 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., <<La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento>>, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, nº 6 (2011), pp. 96-97, quien lo justifica en estos términos: “los perjuicios ocasionados al imputado por el retraso injustificado en la administración de justicia se pueden equiparar, —de manera similar a la prisión preventiva o a la privación de derechos acordados cautelarmente—, a una pena anticipada. Por ello, es preciso compensar esa «pena» ya

o de “menor necesidad de pena”²¹, que obviamente concurren tanto en el caso de las personas físicas como en el de las jurídicas. No se entiende, por ello (y supone un flagrante caso de discriminación normativa), que tal circunstancia, meramente objetiva, no pueda resultar aplicable a las personas jurídicas.

Lo mismo puede decirse de la atenuante de análoga significación, plasmada en el artículo 21.7º del Código a los efectos de “ofrecer al aplicador de la ley un margen para poder atenuar la pena en aquellos supuestos que no encajan exactamente en la descripción legal de las atenuantes pero que guardan con ellas un mismo fundamento, una misma ratio”²² o, en los términos en que la acoge la jurisprudencia, “reconocer efectos atentatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria” (STS 418/2015, de 29 de junio), que son los que “demuestren una menor culpabilidad o antijuridicidad en la conducta del sujeto, o incluso revelen una menor conveniencia de la pena” (STS 667/2019, de 14 de enero de 2020). Los términos de comparación sobre los que debe pivotar esta «análoga significación», según la doctrina jurisprudencial, son los que afectan a la estructura y características de las restantes circunstancias atenuantes y de las eximentes cuando no concurren todos los elementos que permitan su apreciación de forma completa (en lo que a este estudio interesa, se trataría de las semieximentes resultantes de la conexión de los artículos 21.1º y 20.4º, 5º y 7º del Código Penal, respectivamente, legítima defensa; estado de necesidad; y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). “Pero también los factores de atenuación específicamente descritos en los tipos penales y los que se conecten con algún elemento esencial definidor de los mismos, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP, y que supongan la ratio de su incriminación o estén directamente relacionados con el bien jurídico protegido” (STS 667/2019, de 14 de enero de 2020).

Todo ello revela que no existe ningún fundamento técnico que pueda justificar su inaplicabilidad a las personas jurídicas, máxime en los casos (significativamente en las atenuantes “ex post facto”) en que el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal.

3. Inexistencia de circunstancias de agravación para las personas jurídicas.

El hecho de que el Legislador (a diferencia –muy llamativa– de lo que ha hecho con las eximentes y las atenuantes) no haya establecido ninguna previsión expresa

cumplida, es decir, esa pérdida de derechos ya sufridos –compensación destructiva– en la medida de la pena”.

21 OTERO GONZÁLEZ, P., *La circunstancia atenuante análoga en Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, especialmente pp. 48 a 50.

22 POZUELO PÉREZ, L., <<La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia>>, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-17, 2002, p. 9.

sobre las agravantes que pueden aplicarse a las personas jurídicas permite dos interpretaciones absolutamente antagónicas: o todas las que recoge el artículo 22 del Código Penal vigente pueden aplicarse en este ámbito, porque el Legislador sólo ha querido imponer un régimen jurídico especial para las eximentes y las atenuantes (que ha regulado de manera específica); o no se aplica ninguna, ya que el aquellos artículos 31 bis.2 y 4, y 31 quáter, demuestran que el criterio del Legislador ha sido establecer un régimen jurídico específico y excluyente para las circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad criminal de la persona jurídica.

Aunque el texto del primer párrafo del artículo 66 bis (que remite, entre otras, a las reglas del artículo 66.1.3ª, 4ª y 7ª, en las que se valoran distintas posibilidades de concurrencia de circunstancias agravantes) pudiera respaldar la primera opción, estimo que la segunda es la correcta (y que aquella remisión es otra de las imprecisiones que jalonan el Código). La específica regulación contenida en los artículos 31 bis.2 y 4, y 31 quáter opera como Ley especial, que desplaza, y hace inaplicables en este ámbito (conforme a los criterios de resolución de los concursos de leyes que establece el artículo 8 –en este caso, su apartado primero– del Código Penal), las previsiones contenidas en los artículos 20 a 23 del Código²³.

Y es posible que, por basarse en relaciones intersubjetivas de marcado carácter personalista, ello sea lo adecuado en relación con las circunstancias de los apartados 1º (alevosía), 2º (disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de lugar, tiempo o auxilio de otras personas), 5º (ensañamiento), 6º (obrar con abuso de confianza) y 7º (prevalerse del carácter público) del artículo 22 del Código. Pero no encuentro ninguna justificación a que no se pueda agravar la responsabilidad penal de las personas jurídicas si en su conducta concurre una motivación económica (circunstancia 3ª de ese mismo precepto: ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa), o racista, antisemita, antigitana o discriminatoria (circunstancia 4ª del artículo 22), o reincidir en la comisión de hechos delictivos (circunstancia 8ª del artículo 22), pues en estos tres casos la agravación se fundamenta en una mayor antijuridicidad: la motivación económica es especialmente repudiada por la sociedad, “en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela” (STS 278/2014, de 2 de abril); las conductas discriminatorias lesionan, además del bien jurídico propio del delito que se comete, otros valores constitucionales esenciales (artículos 10 y 14 de la Constitución); y la reincidencia incrementa igualmente la antijuridicidad del

²³ El principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat generalis*), reconocido jurisprudencialmente como principio general del Derecho, supone, en la gráfica expresión de TARDÍO PATO, J.A., (<<El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales>>), en *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre de 2003, p. 191), “la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad”.

hecho porque la repetición del delito indica un mayor desprecio hacia los bienes jurídicos y una mayor rebeldía del sujeto que, pese a la advertencia de una condena anterior, persevera en la dinámica criminal. También la jurisprudencia (aunque de manera no exclusiva) ubica el fundamento de esta agravante en razones de prevención general positiva, derivadas de la necesidad de una mayor afirmación de la vigencia y valor del Derecho (STS 535/2008, de 18 de septiembre).

Por ello, *es difícil justificar la idoneidad de la exclusión de la aplicabilidad de estas tres concretas circunstancias agravantes al ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas.*

5. DESIGUALDAD, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y APLICACIÓN ANALÓGICA DE NORMAS BENEFICIOSAS

1. Del análisis precedente puede concluirse:
 - a. Que no existe ninguna justificación material para inaplicar a las personas jurídicas las eximentes de legítima defensa, estado de necesidad, y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, sus correspondientes semieximentes, las atenuantes de dilaciones indebidas²⁴ y de análoga significación, y las agravantes de motivación económica, racista, antisemita, antigitana o discriminatoria, y de reincidencia;
 - b. Que esa exclusión es una decisión consciente del Legislador, que ha construido los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter del Código como un sistema propio de circunstancias excluyentes y modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que excluyen para ellas la aplicación del régimen general de los artículos 20 a 23 de ese mismo texto, pues constituyen una Ley especial para ellas.
 - c. Y que esta diferente regulación puede generar vulneración del derecho de igualdad entre las personas físicas y jurídicas que resulten condenadas por la comisión del mismo delito, pero cuyos procesos de individualización de la pena resulten distintos por la imposibilidad de aplicar a las jurídicas alguna o algunas de las eximentes, atenuantes o agravantes que sí se tendrían en cuenta para las físicas. Téngase en cuenta, a este respecto, que la Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional, ha establecido que “el hecho de que exista una diferencia de trato jurídico

²⁴ Respecto del estado de necesidad y las dilaciones indebidas, vid. FERNÁNDEZ PERALES, F., <<La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía in bonam partem>>, en Diario La Ley, nº 9020, 13 de julio de 2017, pp. 3-4 y 9-11.

o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra clase de personas no significa por sí sólo violación del artículo 14 de la Constitución”, pero ello “siempre que la diferencia que introduce posea una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra”. Y, en este caso, no parece existir tal justificación, pues todas esas circunstancias afectan a la antijuridicidad de la conducta, y carecen de relación con el sustrato personal (biológico, físico o psíquico) del responsable del hecho delictivo.

2. En los trabajos que la doctrina científica ha dedicado a esta peculiar cuestión se han planteado las siguientes tres soluciones a este conflicto:
 - a. Los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter del Código, que establecen circunstancias específicas para las personas jurídicas, no excluyen la aplicación a las personas jurídicas de los artículos 20 a 22²⁵.
 - b. El Código no ha previsto su aplicación a las personas jurídicas, pero el principio de analogía favorable al reo permite hacerlo²⁶.
 - c. Y el principio de legalidad impone, de manera absoluta e incondicionada, la inaplicabilidad a las personas jurídicas de todas aquellas circunstancias que he caracterizado como afectantes a la antijuridicidad de la conducta²⁷.
3. En mi criterio (y en los tasados límites espaciales que “Lex Criminalis” me ha ofrecido para exponerlo y desarrollarlo), la tesis correcta es la última, ya que:
 - a. La identidad de las atenuantes de confesión y de reparación, previstas respectivamente en los artículos 21.4^a y 31 quáter.a), y 21.5^a y 31 quáter.c) del Código, evidencia que el Legislador ha previsto dos sistemas paralelos de circunstancias modificativas, uno para las personas físicas y otro para las jurídicas, sin posibilidad de comunicación entre ellas. Si hubiera contemplado la posibilidad de que los artículos 31 bis.2 a 5 y 31 quáter no excluyesen la aplicación a las personas jurídicas de los artículos 20 a 22, sencillamente no habría duplicado aquellas circunstancias.

25 RODRÍGUEZ RAMOS, L., <<¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)>>, op. cit., p. 2; DE LA MATA, N. J., y HERNÁNDEZ, L., “Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., pp. 237-238.

26 FERNÁNDEZ PERALES, F., <<La aplicación de eximentes y atenuantes a las personas jurídicas mediante la analogía in bonam partem>>, op. cit., pp. 13-15. Como tal posibilidad la contempla también la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado.

27 GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M., FEIJÓO, B.J., y GOMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2^a ed, 2016, pp. 222-223, aunque estima necesario buscar “algún tipo de analogía in bonam partem para solventar esta fuente de desigualdad injustificable”.

- b. No es posible la creación de eximentes por analogía, por estricto mandato del principio de legalidad²⁸, ni de agravantes, por el mismo motivo, ni la aplicación del artículo 21.7^a al ámbito del 31 quáter, tanto por las exigencias de ese mismo principio cuanto por la taxatividad de la redacción del arranque de este precepto (“sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ...”). La analogía sólo puede plantearse como criterio de interpretación cuando la norma no prevé expresamente el supuesto, y se dan sus requisitos, pero no contra el texto expreso de la previsión legal²⁹.
- c. Ello conduce necesariamente a la tercera tesis: las personas jurídicas no pueden excluir su responsabilidad penal al amparo de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 20 del Código, sino únicamente si se dan los requisitos previstos en los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis; tampoco pueden atenuarla conforme a las previsiones del artículo 21 (ni, de manera absolutamente lógica en este caso, del 23), pues cuando el Legislador ha admitido la existencia de cuatro atenuantes ha apartado expresamente la aplicabilidad de cualesquiera otras (salvado su propio error técnico respecto de los artículos 31 bis.2 *in fine* y 31 bis.4 *in fine*); y tampoco les es aplicable (*eadem ratio decidendi*) ninguna circunstancia de agravación prevista en otros lugares del Código. La técnica normativa empleada (Ley especial deroga la general) no permite llegar a otra conclusión.

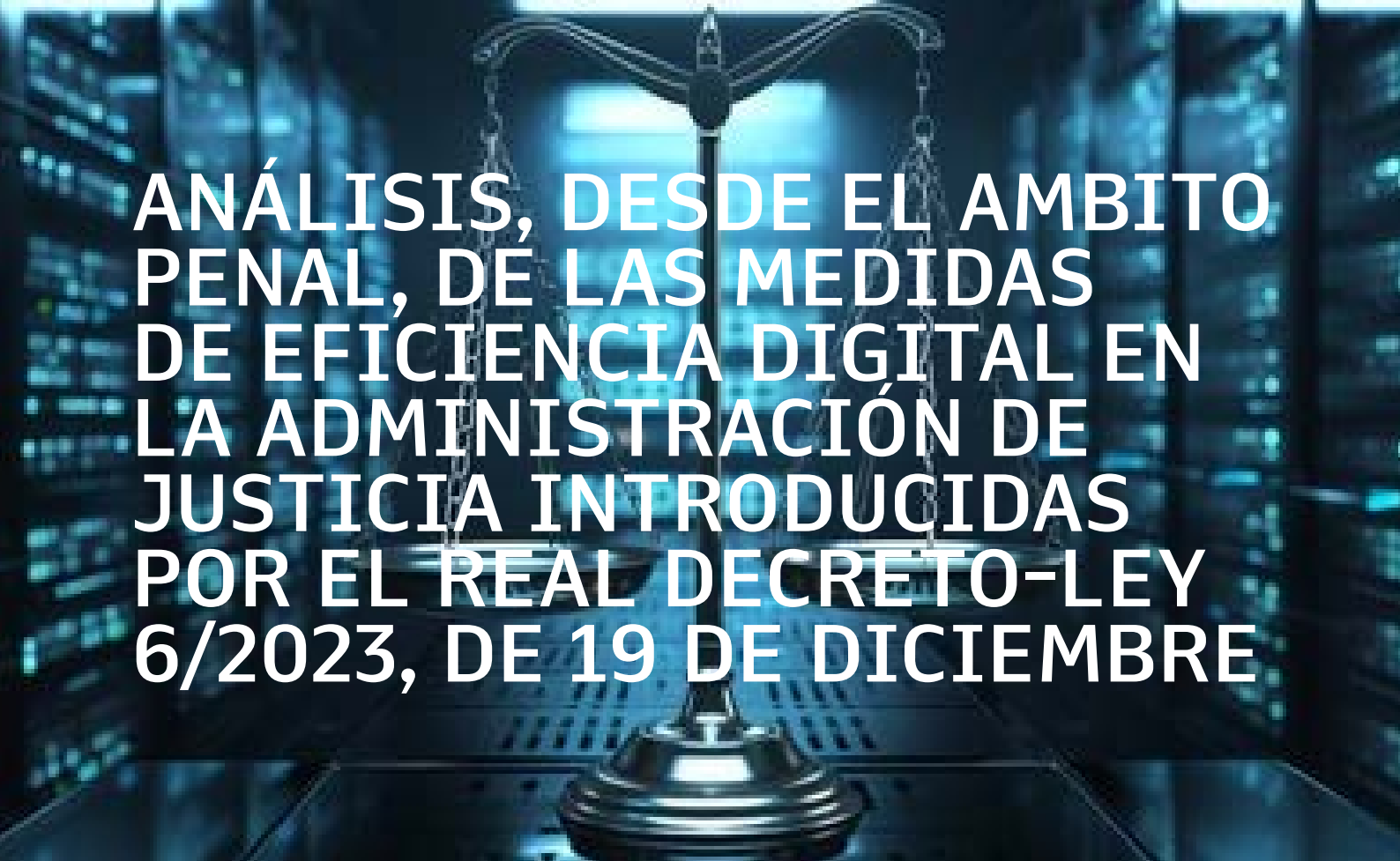
Ello no impide, obviamente, que los Jueces y Tribunales (como cabe ver en la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019) valoren que esas atenuantes que deberían ser aplicadas al caso, pero la Ley no lo permite, sean tomadas en consideración “a efectos de graduar la pena dentro del marco legal”. Pero, aunque con ello se alcance la justicia material, no se resuelve el problema técnico que ahora analizo.

4. Esta situación genera una evidente situación de desigualdad entre personas físicas y jurídicas que resulten condenadas por la comisión del mismo delito³⁰. Pero, lamentablemente, no tiene remedio, más allá del planteamiento de cuestiones o recursos de inconstitucionalidad por desigualdad en la Ley, o una reforma normativa, al no existir en este caso (en que no hay mandato expreso de actuación) ninguna responsabilidad del Estado Legislador por omisión.

²⁸ OTERO GONZÁLEZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en Código Penal de 1995*, op. cit., pp. 55 a 59.

²⁹ La jurisprudencia (por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2023) reitera que “la atenuante de análoga significación no puede ser aplicada cuando falten los requisitos básicos de la atenuante-tipo, porque en tal caso se establecería un criterio contrario al mandato legal”. Y, si no cabe apreciar la analogía cuando no hay base fáctica para construir la atenuante, con mayor razón debe excluirse cuando la propia norma de referencia expresamente rehúsa su aplicación analógica.

³⁰ GOMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., p. 223.



ANÁLISIS, DESDE EL ÁMBITO PENAL, DE LAS MEDIDAS DE EFICIENCIA DIGITAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE

Verónica Ponte García

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Getxo

Carlos Miguel Arcay García

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Santoña

Claudio García Vidales

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 5 de Roquetas de Mar

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2024

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Punto de acceso seguro. 3. Inconvenientes prácticos: del detrimento de los juicios rápidos. 4. Personas exentas de comparecer presencialmente a las actuaciones judiciales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

RESUMEN

La nueva regulación busca la modificación cuantitativa y cualitativa del modelo de comparecencia personal hasta ahora utilizado con carácter general para desarrollar la intervención de la ciudadanía en los actos propios de la jurisdicción penal. Con las peculiaridades de esta, el presente estudio tiene como objetivos, por un lado, analizar los posibles inconvenientes de su aplicación y, por otro lado, proponer mejoras, en la forma que anunció la Comisión Jurisdiccional penal de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria.

ABSTRACT

The purpose of the new provision is the quantitative and qualificative change of the current personal appearance in courts to develop citizen's intervention in criminal proceedings. Bearing in mind the peculiarities of this regulation, this analysis aims, on one hand, to study possible inconveniences of its implementation and, on the other hand, to propose a few improvements in the way Judicial Association Francisco de Vitoria's criminal commission announced.

PALABRAS CLAVE

Tecnología, procedimiento penal, comparecencia personal

KEYWORDS

Technology, criminal proceedings, personal appearance

1.- INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (popularmente denominado decreto ómnibus) *entra en vigor el día 20 de marzo de 2024*.

Se trata de una norma que pretende la implementación de la tecnología en todo tipo de procedimientos, incluyendo el penal. Sin embargo, el desarrollo de este decreto puede encontrarse escollos y, por ello, producir determinadas dificultades a las que harán frente los profesionales del Derecho.

Así, es por todos conocida la situación de la administración de justicia. Los medios dependen del Ministerio de justicia o de los gobiernos regionales en aquellas comunidades autónomas que tienen transferidas las competencias. Por ello, nos encontramos distintos niveles en la cantidad y/o calidad de los medios. Desde comunidades autónomas en las que se cae el sistema por una simple lluvia, hasta otros lugares con grandes edificios judiciales, pasando por lugar donde apenas existe encargado de atender los equipos psicosociales.

Esta ya depauperada imagen de los medios de la justicia se agrava cuando hablamos de tecnologías. Como existen diversos sistemas de gestión procesal en los diversos territorios competenciales, también hay diferentes vías de realización de videoconferencias, por lo que, en multitud de ocasiones, no hay, por incompatibilidad de sistemas técnicos, comunicación entre juzgados de distintas comunidades autónomas. Así, acceder a la petición de comparecencia

por medio de una videoconferencia entre juzgados de distintos lugares se puede complicar sobremanera y convertir en una verdadera odisea que paraliza no solo el procedimiento al que atañe, sino que también retrasa las siguientes vistas. Por ello, *las distintas comisiones jurisdiccionales de la AJFV han elaborado un informe por cada jurisdicción y otro específico de temas tecnológicos en la administración de justicia, con el fin de facilitar la comprensión del decreto, anticipar los posibles problemas que se producirán como consecuencia de su ejecución y en su caso, proponer determinadas soluciones*¹.

Este análisis recoge las conclusiones que fueron alcanzadas por los profesionales que integran la comisión jurisdiccional del ámbito penal. Sin embargo, el desarrollo corresponde a los autores que constan al inicio de esta publicación.

2.- PUNTO DE ACCESO SEGURO

En el ámbito penal, la reforma que opera el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre se recoge en su artículo 101. En el mismo, se afecta a diez preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante, LECRIM).

Además de algún cambio terminológico, *establece como regla general la comparecencia telemática (art. 258 BIS LECRIM)*. Por tanto, excepcionalmente, cabe admitir la necesidad de comparecencia presencial, cuando la autoridad judicial así lo acuerde o ante determinados delitos por su gravedad.

Sin embargo, el legislador, consciente de las limitaciones de la administración de justicia, condiciona la norma general de actuaciones telemáticas a que “las oficinas judiciales o fiscales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello”.

Lo anterior implica que, independientemente de la entrada en vigor del mentado decreto, su aplicación práctica será muy limitada, al menos, en el corto y medio plazo.

Finalmente, la comparecencia telemática se debe realizar a través de los puntos de acceso seguro. Estos se definen en el art. 62 de dicho texto legal, como aquellos “*dispositivos y sistemas de información que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica*”.

La dificultad que entraña este precepto surge de la falta de un Comité técnico

¹ Dicho análisis puede encontrarse en: <https://www.ajfv.es/analisis-de-las-medidas-de-eficiencia-digital-en-la-administracion-de-justicia-real-decreto-ley-62023-de-19-de-diciembre/>

estatal de la Administración judicial electrónica. Su concepto se recoge en el art. 85 del Decreto. Dispone este precepto que el *“Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica es el órgano de cooperación en materia de Administración judicial electrónica. Estará compuesto por representantes del Consejo General del Poder Judicial, del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, de la Fiscalía General del Estado y de las Comunidades Autónomas con competencias en materias de Administración de Justicia. Está copresidido por un representante del Consejo General del Poder Judicial y otro del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes”*. Entre sus fines, se encuentra el impulso de la administración digital de la justicia y la coordinación del desarrollo de la transformación digital.

Por tanto, se presenta como un órgano de nueva creación. Sin embargo, en el preámbulo, aparece su origen en la ley 18/11, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la Administración de Justicia y en concreto, sería el COMITÉ TÉCNICO ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL ELECTRÓNICA o “CTEAJE”, regulado en el Real Decreto 396/13, de 7 de junio.

Sin embargo, a la vista de que son varias las entidades que intervienen en el desarrollo de la justicia, y a veces con sistemas que no funcionan entre sí, la empresa se presenta hartamente compleja.

En los puntos de acceso seguro deben concurrir una serie de requisitos:

1. Garantía de la identificación de los intervinientes;
2. La protección de la información y en concreto, de los datos personales;
3. Deben cumplir las condiciones de *integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado*.

Por ende, se prohíbe el uso de cualquier medio de comunicación común y solo están permitidos aquellos que permitan garantizar la integridad y disponibilidad del acto procesal, la confidencialidad de los datos, así como la posibilidad de operar entre distintos lugares.

En particular, desarrolla en el apartado tercero de este precepto el concepto de punto de acceso seguro. Se fija como un concepto cambiante, por cuanto será determinado por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.

Sin embargo, establece unos mínimos que, en todo caso, se deben cumplir para poder hablar de puntos de acceso seguro. Estos se desarrollan a continuación:

- a. *“Disponer de dispositivos y sistemas que tengan la condición de punto de acceso seguro, conforme al apartado anterior”*. En consecuencia, es preciso que sean dispositivos y sistemas que simultáneamente, permitan identificar a quienes comparecen, garanticen la interoperabilidad, integridad y disponibilidad de lo actuado y la confidencialidad de los datos obrantes.
- b. *“Garantizar la comprobación de la identidad de los intervinientes y la autonomía de su intervención”*, lo que viene a ser reiterar el requisito anteriormente expuesto.
- c. *“Asegurar todas las garantías del derecho de defensa, inclusive la facultad de entrevistarse reservadamente con el Abogado o Abogada”*. Por supuesto, si cualquiera de las formas de comunicación conculca un derecho fundamental, será un medio no permitido en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, se antoja difícil, e incluso harto complicada, la posibilidad de garantizar la defensa si la persona investigada no se encuentra cerca de su representación procesal ni puede comprobar por intermediación las personas que se erigen en su prueba de cargo².
- d. *“Disponer de medios que permitan la digitalización de documentos para su visualización por videoconferencia”*. Aquí la dificultad es manifiesta. Primero, hay edificios sin conexión wifi en todo o parte del inmueble. Segundo, se podría obligar a presentar las pruebas de las que pretende valerse con anterioridad, por ejemplo, a la declaración, pero ello dificulta la estrategia procesal de defensa. Por tanto, es un punto también complejo que tendrá que ser abordado por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.

En nuestra opinión, al establecerse que se deben reunir en todo caso las condiciones anteriormente recogidas, este debe ser el punto de partida del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica a la hora de fijar la normativa en esta materia.

De momento, en conclusión, salvo que el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica disponga otra cosa, no parece que los sistemas que se estaban utilizando, como *webex*, cumplan estos requisitos.

Por último, recoge una serie de lugares en los que parece que se dan por cumplidas aquellas exigencias en la actualidad, esto es, en el momento de entrada en vigor del decreto, cuales son los que se vienen utilizando, a día de hoy.

En este sentido, se recogen los que desde ya tienen la consideración de lugares

² STEDH de 14 de enero de 2003 en el asunto Lagerblom contra Suecia

seguros (art. 62.4 del Real Decreto-ley 6/2023):

1. *“La oficina judicial correspondiente al tribunal competente, o cualquier otra oficina judicial o fiscal, y las oficinas de justicia en el municipio”*. Los juzgados, por supuesto, cumplen, más o menos, estos requisitos. Quizás el mayor problema en este punto sea la interoperabilidad de los sistemas de conexión entre distintas comunidades autónomas que produce verdaderos problemas de conexión, desconexión y esperas, difícilmente conciliable con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin embargo, en lo que respecta a fiscalía, la situación no se considera que pueda ser muy distinta.
2. *“Los Registros Civiles, para actuaciones relacionadas con su ámbito”*.
3. *“El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y los Institutos de Medicina Legal, para la intervención de los Médicos Forenses, Facultativos, Técnicos y Ayudantes de Laboratorio”*.
4. *“Las sedes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para la intervención de sus miembros”*.
5. *“Las sedes oficiales de la Abogacía del Estado, del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas, para la intervención de los miembros de tales servicios”*.
6. *“Los Centros penitenciarios, órganos dependientes de Instituciones Penitenciarias, centros de internamiento de extranjeros y centros de internamiento de menores, para las personas internas y funcionarios públicos”*.

En los ordinales 2 a 6 reseñados se plantea el problema común de si los medios a su disposición cumplen o no realmente los requisitos anteriormente analizados, sobre todo en cuanto a la interoperabilidad con otros puntos de acceso seguro.

7. *“Cualesquiera otros lugares que se establezcan por Reglamento de aplicación en todo el territorio del Estado, previo informe favorable del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica”*. En este caso, dado que a dicho comité le corresponde la comprobación de la concurrencia de las condiciones necesarias, se limitará a aquellos supuestos en que si se reúnan las condiciones.

Por tanto, el concepto de punto de acceso seguro no es *numerus clausus*, sino que parecería válido cualquiera que tuviera amparo reglamentario y siempre y cuando cuente con el informe favorable del Comité técnico.

En cualquier caso, la situación actual no permite ser muy optimista en cuanto a la aplicación de la regla general de comparecencia telemática. Como ya hemos reiterado anteriormente, cada comunidad autónoma tiene distintos medios que permiten la comparecencia telemática. Así, la realidad demuestra que existen diversas velocidades en la comunicación entre puntos de acceso seguro. Algunas de ellas ni se comunican. Asimismo, no todos cumplen con los requisitos de garantía de la identificación de los intervinientes; protección de la información ni condiciones de *integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado*.

Es difícil entender una ley que impone el uso de las tecnologías para las comparecencias telemáticas, sin hacer una mínima inversión en lograr que dichas tecnologías se intercomunicuen.

3.- INCONVENIENTES PRÁCTICOS: DEL DETRIMENTO DE LOS JUICIOS RÁPIDOS

Sin ánimo de restar reconocimiento a la ambiciosa pretensión de modernización de la Administración de Justicia que se puede vislumbrar en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, existen diferentes extremos que permiten concluir que sus redactores han asumido su tarea alejados de la visión del día a día de los órganos judiciales.

Desde la perspectiva de la practicidad jurisdiccional, resulta especialmente preocupante la posible influencia negativa que la implantación de las medidas recogidas por el Real Decreto pueda tener en el desarrollo de las diligencias urgentes/juicios rápidos en los juzgados de instrucción. Y es que, si bien el texto normativo dibuja un panorama idílico de medios materiales y personales ilimitados de nueva generación, lo cierto es que se pretende una revolución telemática que afecte y condicione a órganos jurisdiccionales anclados en sistemas de videoconferencias y comunicativos de principios de siglo. En términos llanos, *se ha impuesto la obligación antes de facilitar los medios adecuados para su cumplimiento*.

Basta con acudir a la redacción del nuevo art. 258.bis LECrim para comprender a lo que nos referimos. El precepto, en su apartado 3, dispone:

Se garantizará especialmente que las declaraciones o interrogatorios de las partes acusadoras, testigos o peritos se realicen de forma telemática en los siguientes supuestos, salvo que el Juez o Tribunal, mediante resolución motivada, en atención a las circunstancias del caso concreto, estime necesaria su presencia física:

- a. *Cuando sean víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres humanos o cuando sean víctimas menores de edad o con discapacidad. Todas ellas podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección, o desde cualquier otro lugar, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención.*
- b. *Cuando el testigo o perito comparezca en su condición de Autoridad o funcionario público, realizando entonces su intervención desde un punto de acceso seguro.*

Quienes desarrollan su labor diaria en órganos jurisdiccionales de instrucción seguramente sientan cierto desasosiego ante la lectura del precepto. Y es que el mismo pretende garantizar el derecho a determinadas víctimas de intervenir en cualquier fase del procedimiento a través de medios telemáticos. Especialmente preocupante resulta el caso de las víctimas de violencia de género.

La materia jurisdiccional relativa a la violencia sobre la mujer se caracteriza, en la mayoría de los casos, por la celeridad y rapidez en la instrucción. Así, la mayoría de asuntos se incoa por el JVM como diligencias urgentes, concluyendo en el mismo día tras la práctica de las diligencias oportunas, ya sea mediante una sentencia de conformidad, un auto de sobreseimiento o la remisión al órgano de enjuiciamiento competente (sin perjuicio de que, en otras ocasiones, se acuerde la transformación en diligencias previas para continuar con la investigación judicial de los hechos). De esta manera se evita una sobrecarga aun mayor para este tipo de órganos, lo cual resulta fundamental en aquellos casos en que nos encontramos con juzgados mixtos con competencia exclusiva pero no excluyente.

Garantizar dicha posibilidad de celeridad exige la adopción de todas aquellas medidas y decisiones que estén encaminadas a la práctica de las diligencias necesarias para la conclusión de la instrucción. Así, reconocer a la víctima el derecho de comparecer a través de medios telemáticos puede frustrar la conclusión de la investigación en aquellos casos en que nos encontremos con dificultades de conectividad, ausencia de puntos de conexión, insuficiencia de medios personales, etc. Y ello, necesariamente, conducirá a la transformación de la causa en diligencias previas y a su retención por parte del órgano de instrucción, con el consiguiente perjuicio tanto para las partes como para el trabajo diario del juzgado.

Más allá de eso, surgen otros problemas prácticos ineludibles en relación a la tramitación de dicho tipo de diligencias. Entre ellos resulta adecuado destacar

los siguientes:

- a. Conviene plantearse si el letrado de la acusación particular, en el caso de que la víctima declare por medios telemáticos, estará en compañía de ella o, por el contrario, deberá comparecer en el órgano judicial. Esta cuestión, que se analizará más adelante, no es baladí, especialmente si tomamos en cuenta que la negociación personal entre las partes y el Ministerio Fiscal constituye la base de la tramitación de este tipo de diligencias. Y dicha problemática se extiende a otros aspectos de la instrucción como la necesaria presencia de los letrados en la práctica de cotejos u otro tipo de diligencias.
- b. En el caso de que la víctima tenga que ser examinada por el médico forense, el desplazamiento a un órgano judicial o instituto de medicina legal parece ineludible.

Por otra parte, la lectura detenida del precepto permite extraer algunas conclusiones sobre las que resulta necesario llamar la atención.

En primer lugar, en el caso de las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, víctimas menores o con discapacidad, se permite que las mismas declaren desde cualquier lugar que permita garantizar su identidad y las condiciones de la intervención. Es decir, se excluye en su caso la necesidad de intervenir a través de puntos o sistema de acceso seguro, lo que abre la posibilidad a que, por ejemplo, se pueda realizar la videoconferencia desde instalaciones públicas (tal vez servicios sociales). Y ello permite vislumbrar ventajas e inconvenientes.

La ventaja más evidente es que muchas administraciones (especialmente de carácter municipal) cuentan con medios y espacios mucho más avanzados que los existentes en los órganos judiciales. Por ejemplo, si un JVM necesita conectar con otro órgano judicial para que se materialice una videoconferencia, en no pocas ocasiones deberá esperar a la disponibilidad de sala del órgano donde se encuentre la víctima, así como a la disponibilidad funcional. Sin embargo, si determinadas administraciones públicas con posibilidad económica habilitasen espacios y personal específicos, tal inconveniente se solventaría.

Sin embargo, la desventaja elemental vuelve a ser la necesaria presencia para la práctica de determinadas diligencias. Volvemos aquí a lo mencionado previamente. En aquellos casos en que la víctima deba ser examinada por el médico forense, el hecho de que no comparezca presencialmente ante el órgano judicial únicamente fomentará desplazamientos adicionales y, en la mayoría de casos, innecesarios.

Resulta ciertamente preocupante que el precepto no haya condicionado la posibilidad de intervención telemática a la concurrencia de aspectos puramente objetivos como la distancia del domicilio de la víctima al órgano judicial. La redacción actual permite que, incluso en aquellos casos en que exista una distancia mínima entre el lugar de atención de la víctima y el juzgado, se pueda solicitar la intervención telemática.

No obstante todo lo anterior, no se debe pasar por alto que la última palabra la tendrá siempre el órgano judicial que conozca de la causa, el cual podrá exigir por resolución motivada, en atención a las circunstancias del caso concreto, la presencia física de la víctima. ¿La insuficiencia de medios materiales o posibilidades fácticas puede justificar tal decisión? Desde luego así lo parece, toda vez que hablamos de insuficiencias generales que se traducen en deficiencias particulares del caso que pueden frustrar el buen curso de la causa y su pronta conclusión. Así, en aquellos casos en los que sea previsible que, por las deficiencias del órgano judicial, no resultará posible la intervención por medios telemáticos, el empleo de modelos (los cuales podrán adecuarse a las circunstancias) parece una buena opción. Y en este sentido no debemos olvidar un aspecto. La resolución judicial que acuerde la presencia física será desde luego recurrible, pero dicho recurso no tendrá efectos suspensivos (art. 766 LECrim), por lo que lo más probable es que las diligencias puedan concluirse el mismo día.

4.- PERSONAS EXENTAS DE COMPARECER PRESENCIALMENTE A LAS ACTUACIONES JUDICIALES

Finalmente, en cuanto a las excepciones que se prevén en el RD Ley 6/2023 respecto de la obligación de comparecer presencialmente a las actuaciones judiciales que, en un principio, se consideran como excepciones a la regla general de asistencia telemática a las actuaciones judiciales (art. 258 bis 2 y 3)), se establecen las siguientes situaciones:

- Víctimas de violencia de género.
- Víctima de violencia sexual.
- Víctima de delito de trata de seres humanos
- Víctimas menores de edad o persona con discapacidad.
- Autoridad o funcionario público.

En este sentido, en los 4 primeros casos se permite la comparecencia desde cualquier lugar en el que se cuente con medios suficientes para asegurar su

identidad y que tenga condiciones adecuadas para su intervención; por su parte, los funcionarios públicos podrán comparecer desde un punto de acceso seguro.

Recordando lo ya manifestado en relación con la falta de desarrollo reglamentario de los llamados Puntos de Acceso Seguros, la falta de interconexión de los servicios procesales y de videoconferencias de las diferentes comunidades autónomas, la insuficiencia de los medios informáticos para garantizar la velocidad y estabilidad en las conexiones telemáticas que, previsiblemente y siendo este el objetivo de la norma, experimenten un aumento significativo cuando se aplique la misma, las dificultades que existirán para la correcta y eficiente tramitación de las diligencias urgentes cuando las personas antes reseñadas comparezcan por medios telemáticos, se pueden realizar otras consideraciones, desde un punto de vista abstracto, en cuanto a las propias personas que se las considera exentas de comparecer físicamente en sede judicial, conforme al citado art. 258 bis RD Ley 6/2023.

Así pues, se puede extraer una primera consideración en relación con este tipo de víctimas, comparadas con otras que deben merecer, al menos, la misma consideración y protección por parte del sistema. Así, resulta cuestionable, a juicio de esta comisión, que se establezcan distinciones entre víctimas a la hora de permitir a unas no comparecer en sede judicial, sin extender esta posibilidad a todas las víctimas, o al menos a todas las de delitos a partir de cierta gravedad (lesiones agravadas, tentativas de homicidio, terrorismo, violencia doméstica, etc.).

Sobre todo porque esta distinción no es equiparable a otros casos en los que este tipo de víctima tiene un tratamiento especial, como puede ser el previsto en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), que prevé el reconocimiento de este derecho para las víctimas de *“violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos”*.

Este es un ejemplo de la falta de rigor a la hora de fijar tratos especiales a determinadas personas, siendo que los perjuicios que se causan a aquellas víctimas que sí deben comparecer presencialmente no parece que tengan una compensación estudiada y equiparable a otros casos, con los beneficios que se

pretenden conseguir con esta distinción.

También se podría exigir que estén exentas de comparecer presencialmente a otro tipo de personas distintas de las antes mencionadas, sin tener la consideración de víctimas, como son los testigos protegidos o los agentes encubiertos, cuya propia naturaleza y posición dentro del proceso permite considerar apropiada su participación por medios telemáticos y con censura de su imagen, como medio de protección adicional de su identidad y de su vida e integridad física. Por otra parte, se exige en el real decreto ley que estas personas se encuentren personadas en la causa para poder acogerse al beneficio de comparecencia telemática en las actuaciones judiciales, todo ello conforme al art. 258 bis 3, cuando emplea el término “partes acusadoras”. Esta incorporación de la figura de parte acusadora, se realiza para atribuir a las víctimas una consideración distinta de la del testigo en cuanto a su participación en el proceso penal. Esta distinción, no obstante, no implica una valoración especial de su testimonio, ni una mayor credibilidad del mismo, debiendo remitirnos al llamado “triple filtro”, ya desarrollado por el Tribunal Supremo a la hora de ponderar el valor probatorio del testimonio de las víctimas, especialmente cuando es la única prueba con la que cuenta el tribunal. Se puede criticar, de esta reforma, el hecho de que se exija, para tener esta consideración de “parte acusadora”, así como la exención de la preceptiva asistencia física a las actuaciones judiciales, que estas personas estén personadas, siendo que, conforme a distintos preceptos normativos (arts. 109 bis LECRIM, Ley 1/2004, del Estatuto de la Víctima...), la participación de las víctimas en el proceso penal puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento, hasta la fase de celebración del juicio, y teniendo derecho a ser informada de las resoluciones que le afecten, estén o no personadas. Establecer esta restricción de necesidad de personamiento para acogerse al beneficio de no presencialidad, así como al hecho de limitarlo a determinados delitos, como se ha dicho anteriormente, parece ir en contra de facilitar en todo lo posible la participación de las víctimas en las causas penales.

Finalmente, es necesario reseñar la distinción entre diferentes tipos de procesos, en función de la gravedad o del tipo de delito, para permitir esta no presencialidad. De esta forma, no se justifica con un criterio objetivo y con base científica o moral, la razón por la que debe comparecerse físicamente en causas con jurado, mientras que se permite la asistencia telemática en un proceso por delito menos grave por delitos castigados con mayor pena que otros cuya tramitación corresponda al procedimiento de jurado. Tampoco parece razonable que, solo por la gravedad de la pena, se exija la presencialidad o se prescinda de ella (penas de prisión de 2 años).

5.- CONCLUSIONES

La Comisión Jurisdiccional penal de la AJFV informa sobre la inexistencia de grandes novedades en materia penal introducidas por el Decreto, siendo la mayoría de ellas de carácter puramente terminológico.

La reforma afecta a un total de diez artículos de la LECrim de 1882.

Como ocurre en el resto de jurisdicciones, pretende implantarse la vía telemática como principal, desplazando la presencialidad a un segundo plano. Es por ello que adquiere un papel trascendental el concepto de punto de acceso seguro que se define en el art. 62 RDL. A día de hoy, y en tanto la cuestión no se desarrolle reglamentariamente, se consideran exclusivamente como puntos de acceso seguro determinadas instalaciones públicas afectas a órganos judiciales, registros civiles, Instituto Nacional de Toxicología, IML, FFyCCSS, sedes de Abogacía del Estado, Seguridad Social y Cuerpos Jurídicos de las CCAA o dependencias penitenciarias (art. 62.4).

El artículo más problemático, sin duda, es el nuevo art. 258.bis que se introduce en la LECrim. Las dificultades e inconvenientes del uso de medios telemáticos en materia penal son mucho más evidentes que en otros órdenes jurisdiccionales por diferentes motivos.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a razones de pura operatividad. La insuficiencia de medios personales y materiales de la generalidad de órganos judiciales nos lleva a concluir que el proyecto pretendido carece de un soporte realizable en la práctica. Existen múltiples dificultades técnicas que pueden afectar a las garantías del proceso y, sobre todo, a su eficiencia. Especialmente problemática es la cuestión de los juicios rápidos, particularmente en materia de violencia de género (siendo las víctimas de estos delitos unas de las excluidas de la obligación de intervenir a través de puntos de acceso seguro, art. 258.bis.3 LECrim). Las ventajas que supone para la operatividad de los juzgados este tipo de procedimientos pueden verse mermadas por abrir la vía a la intervención telemática, que dificultará la intercomunicación entre operadores jurídicos y la conclusión de la causa (ya sea por sentencia, sobreseimiento o por remisión al órgano de enjuiciamiento).

En segundo lugar, la generalización del uso de medios telemáticos puede afectar a determinadas garantías del procedimiento, como la posibilidad de entrevistas reservadas letrado-cliente con plena seguridad sobre su confidencialidad. Del mismo modo, la Comisión aprecia dificultades de cara a garantizar la efectiva asistencia letrada de las víctimas en diferentes ámbitos (como la violencia de género). Surge la duda, en este sentido, de si el letrado de la víctima deberá

estar acompañándola en el lugar en el que declare o deberá estar presente en el órgano judicial instructor en el que se esté solventando la causa.

El Decreto se centra fundamentalmente en tratar la cuestión de la intervención por medios telemáticos en el momento de enjuiciamiento, pero deja en un segundo plano la fase instructora. En lo relativo a la fase de enjuiciamiento, se establece la necesidad de que el acusado preavise con un plazo de cinco días de su voluntad de comparecer telemáticamente. Dicho plazo resulta absolutamente insuficiente e irrealizable en la práctica, especialmente si se toma en consideración la limitación de medios materiales y los escasos lugares acreditados, por el momento, como puntos de acceso seguro. La Comisión considera que el preaviso debería efectuarse, como mínimo, con una antelación de un mes a la celebración del acto para que, desde esta vertiente, pueda ser eficaz.

El Decreto demuestra un profundo desconocimiento de la realidad diaria de la Administración de Justicia, pretendiendo una auténtica revolución tecnológica sin incrementar, por el momento, el coste en cuestiones materiales y personales. Dicho incremento resulta imprescindible de cara a dotar de una mínima efectividad a la norma.

Por otra parte, la Comisión considera insuficientes las excepciones a la conexión por punto de acceso seguro del art. 258.bis.3. Se considera así necesario ampliar las mismas a testigos protegidos y agentes encubiertos. Del mismo modo, el precepto debería incluir una cláusula residual que permitiese al juez que el testigo o perito interviniese telemáticamente desde un punto de acceso no seguro ante circunstancias excepcionales.

La Comisión propone la modificación de los arts. 252.1, 512 y 743 LECrim, afectados por el Decreto, en el sentido de hacer constar específicamente las obligaciones atribuibles a los Letrados de la Administración de Justicia. Todos los preceptos referidos incluyen referencias genéricas a los tribunales u oficinas judiciales de cara a atribuir funciones que, formalmente, corresponden a los Letrados de la Administración de Justicia.

Los arts. 265 y 266, relativos a la interposición de la denuncia, deberían incluir una cláusula residual relativa a las excepciones previstas en otras normas. Dicha cláusula pretende cubrir aquellos supuestos en los que el denunciante no tenga la obligación de identificarse plenamente (informantes, por ejemplo).

Propuestas concretas de modificación del RD 6/2023:

- a. En lo relativo al art. 258.bis:

- a. La Comisión propone que se introduzca una cláusula de excepción a la generalización del uso de medios telemáticos para todos aquellos casos en que las FFyCCSS presenten atestados por vía de juicio rápido. En tales casos, todos los intervinientes deberán estar citados presencialmente ante el órgano judicial competente. Ésta es la única vía para garantizar que no se reste eficacia a este tipo de procedimientos.
- b. La Comisión propone que se extienda la excepción de intervención telemática a través de lugares distintos de los puntos de acceso seguro a testigos protegidos, agentes encubiertos y a todos aquellos testigos y peritos que el juez considere oportuno en supuestos excepcionales.
- c. La Comisión propone que los arts. 252.1, 512 y 743 LECrim se modifiquen en el sentido de concretar y atribuir funciones a los Letrados de la Administración de Justicia, de conformidad con su Estatuto.
- d. La Comisión propone que los arts. 265 y 266 LECrim se modifiquen en el sentido de incluir excepciones a la identificación de los denunciantes de conformidad con las directivas europeas.

Del mismo modo, la Comisión propone realizar modelos de auto motivado encaminados a denegar la intervención por vía de medios telemáticos, teniendo en cuenta las circunstancias materiales y personales de los órganos judiciales.