

Nº 8

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

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



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 8**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2023

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020
ISSN: 2695 - 9976
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

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

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

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

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

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

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEY 2/2023 DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE: LA OTRA CARA DE LA MONEDA..... | 9 |
| <i>JORDI GIMENO BEVIÁ</i> | |
| DELITOS DE ODIO Y PROCESO PENAL: DESAFÍOS Y PROPUESTAS | 35 |
| <i>FERNANDO MARTÍN DIZ</i> | |
| ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES | 69 |
| <i>JUAN ALEJANDRO MONTORO SÁNCHEZ</i> | |
| LA MODERNIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA: LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN ... | 109 |
| <i>ÁNGEL TINOCO PASTRANA</i> | |
| LEGAL FEMINISM AND CRIMINAL JUSTICE: CHALLENGES OF LAW AS AN INSTRUMENT OF SUBVERSION OF THE NARRATIVES OF DOMINATION | 153 |
| <i>SELENA TIERNO BARRIOS</i> | |
| LA LITIGACIÓN CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE. ¿SON LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA UNA ALTERNATIVA RAZONABLE? | 185 |
| <i>GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN</i> | |
| EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL MODELO CASACIONAL CIVIL ESPAÑOL A TRAVÉS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2023 | 217 |
| <i>MARÍA SANTISTEBAN CASTRO</i> | |

EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEY 2/2023 DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE: LA OTRA CARA DE LA MONEDA *

The right to defense in the Law 2/2023 of whistleblowing protection: on the other side of the coin

JORDI GIMENO BEVIÁ

Profesor Titular de Derecho Procesal UNED

[jordi.gimeno@der.uned.es/](mailto:jordi.gimeno@der.uned.es)

SUMARIO: I. Introducción: la importancia del contexto y el proceso como límite. II. La revelación (o no) de la identidad del alertador: ¿derecho del denunciante o de la defensa? III. La controvertida admisión (y promoción) de denuncias anónimas como medida de protección. IV. La instrucción de la A.A.I y el limitado alcance de los derechos del afectado. V. Del derecho a no autoincriminarse a la obligación de autodenunciarse. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: La aprobación de la Ley 2/2023 trae 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, principalmente, el derecho de defensa. El trabajo analiza la Ley 2/2023 desde su anverso, es decir, no desde la protección al informante sino desde los derechos del denunciado o persona afectada por la información, 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 brings 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 effective-

* El presente trabajo se enmarca como resultado de dos proyectos de investigación: “Empresa y Proceso. Investigación y Cooperación” (IPs. Verónica López Yagües y José María Asencio Mella-do). 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.

ness of some proposed measures is limited when the information reported leads to criminal proceedings and compromises, mainly, the right of defense. This article analyzes Law 2/2023 from its obverse, that is, not from the protection of the informant but from the rights of the denounced or person affected by the information, defending that the necessary protection measures cannot exceed the limits and constitutional guarantees of the criminal procedure.

Key words: whistleblower protection, right to defense, corporation, criminal procedure

ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| AAI | Autoridad Independiente de protección al Informante |
| AFA | Agencia Francesa Anticorrupción |
| ALECRIM | Anteproyecto Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| ANAC | Autoridad Nacional Anticorrupción italiana |
| AVAF | Agencia Valenciana Antifraude |
| CNUCC | Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción |
| LECRim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LOPD | Ley Orgánica de Protección de Datos |
| MF | Ministerio Fiscal |
| OAC | Oficina Antifraude de Cataluña |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TJUE | Tribunal de justicia de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL CONTEXTO Y EL PROCESO COMO LÍMITE

El pasado 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. Decimos “por fin” porque, como es sabido, la ley trae causa de la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, cuyo plazo para la trasposición venció en diciembre del 2021, lo que supuso, no solo los reproches de la Comisión a nuestro país, sino incluso que fuese denunciado ante el TJUE por el retraso.

Sea como fuere, la ley de protección al informante ya es una realidad y tanto las empresas privadas con cincuenta o más trabajadores, así como las Administraciones Públicas deben proceder a la implementación de los

pertinentes canales de denuncia pues, de lo contrario, se enfrentarán a importantes sanciones¹.

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 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

¹ De hecho, tienen de plazo hasta el 13 de junio de 2023, plazo que, no obstante, se amplió hasta el 1 de diciembre de 2023 para las entidades privadas de 50 a 249 trabajadores y para los municipios de menos de 10.000 habitantes (Disposición Transitoria Segunda Ley 2/2023).

—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 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 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, nuestro sistema de justicia penal. Cabe recordar, en esta introducción, que el proceso penal adversarial norteamericano dista de asemejarse a nuestro

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)

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 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,

³ Así lo destaca GIMENO SENDRA quien considera que la conformidad se realiza en el ejercicio del principio “puro” de oportunidad GIMENO SENDRA, V. (2015) p. 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.

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. (2018)

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. Es obvio que, en una ley de protección al alertador, el que informa es el verdadero protagonista, pero, en el otro lado de la moneda, la persona afectada por la comunicación —esta es la terminología utilizada en la ley, que podría equivaler, con matices, al denunciado⁵— no puede, ni mucho menos, quedar tan desatendida.

II. LA REVELACIÓN (O NO) DE LA IDENTIDAD DEL ALERTADOR: ¿DERECHO DEL DENUNCIANTE O DE LA 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: la identidad podrá ser revelada a la Autoridad judicial, al

⁵ Como sostiene DE LA CRUZ LÓPEZ en lo que respecta a la terminología, se suele emplear denunciado y persona afectada como sinónimos si bien no deberían serlo “*toda vez que la denuncia no tendría por qué contener nombre alguno y ceñirse al mero traslado de irregularidades sin señalar a sujetos concretos, pese a que la Directiva define a la persona afectada como “una persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación pública como la persona a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción”* DE LA CRUZ LÓPEZ, P. (2020) p. 305

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 testifical. En definitiva, que la alerta o denuncia no sea la prueba determinante o la única que determine la quiebra de la presunción de inocencia⁶.

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 revelación⁷. 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

⁶ Para profundizar sobre ello, BACHMAIER WINTER, L. Debates Jurídicos, op.cit. Entre otras sentencias, véase SSTDH *Doorson contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1996, *Visser contra Holanda*, de 14 de febrero de 2002.

⁷ 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 26/6/23).

de protección de testigos, con un ámbito de protección aún más necesario y urgente —peligro grave para la persona, libertad, familiares, ... (art. 2)— establece 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 existentes⁸. Y, de *lege ferenda*, que esa regulación estableciera reglas claras para una pacífica coexistencia de ambos derechos.

III. LA CONTROVERTIDA ADMISIÓN (Y PROMOCIÓN) DE DENUNCIAS ANÓNIMAS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN

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

⁸ Vid. entre otros., GARCIA-MORENO DE LA GALANA, B (2020). También el excelente trabajo de BACHMAIER WINTER, L. y MARTÍNEZ SANTOS, A. (2019).

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 derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho de defensa⁹.

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 investigación¹⁰. Por consiguiente, la denuncia anónima está admitida 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. Se erige, por tanto, en la excepción y nunca la regla pues, tal y 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 investigar.*”¹¹

¿Ello implica que la justicia penal no reconozca la información obtenida, incluso anónimamente, a través de los canales de denuncia? No, de hecho, 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, en el presen-

⁹ 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.

¹⁰ Así lo resume —y coincidimos— RUBIO EIRE, J.V (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).

¹¹ STS 318/2013 de 11 de abril.

te 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 del anonimato como denuncia, sino, en consonancia con la previa jurisprudencia del TS, como fuente para realizar una investigación que contraste su veracidad¹².

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 —y siguen creándose— 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 público¹³.

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 denuncia¹⁴.

¹² Tras el análisis de la sentencia referida, resulta recomendable la lectura del artículo escrito por el mismo autor, MAGRO SERVET, V. (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 compruebe la realidad de la misma.*”

¹³ 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. (2017).

¹⁴ Vid. la noticia publicada en <https://valenciaplaza.com/los-valencianos-ya-cuentan-con-un-buzon-anonimo-para-denunciar-casos-de-corrupcion> (último acceso 26/6/23).

A nivel nacional, como es sabido, hasta la fecha no ha existido una autoridad nacional anticorrupción¹⁵, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, con la *Agence Française Anticorruption* (AFA)¹⁶ en Francia o la quizás referente *Autorità Nazionale Anticorruzione* italiana (ANAC)¹⁷. Ello no obstante, la Ley 2/2023 prevé la creación de la citada Autoridad Independiente de Protección al Informante (A.A.I)¹⁸ 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 llevarse a cabo de forma anónima.

Así las cosas, cuando la denuncia reviste caracteres de delito, será remitida 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 penal¹⁹. 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

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 penal²⁰. 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*

¹⁵ Sin perjuicio de la existencia en España de la OIRESCON, Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, cuyo alcance dista de ser asimilable al de las Autoridades anticorrupción de otros países europeos.

¹⁶ <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr> (último acceso 26/6/23).

¹⁷ www.anticorruzione.it (último acceso 26/6/23).

¹⁸ Como indica 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. (2023), p. 176.

¹⁹ 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 26/6/2023)

²⁰ 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).

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 jurisdiccional²¹.

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 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 la denuncia de quién no puede ser identificado²². Asimismo, y en el ámbito penal, no será fácil dirimir responsabilidades *ex art.456 CP*.

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.

²¹ 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).

²² 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.

IV. LA INSTRUCCIÓN DE LA A.A.I Y EL LIMITADO ALCANCE DE LOS DERECHOS DEL AFECTADO

En el otro lado de la moneda, la Ley 2/2023, en su exposición de motivos, reitera la necesidad de garantizar los derechos del denunciado durante las investigaciones que, tras la recepción de la información, se lleven a cabo. Así pues “*Estas personas mantienen todos sus derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia; en fin, de los mismos derechos que goza el informante*”.

No obstante lo anterior, tal equiparación en derechos entre el denunciante y el denunciado no deja de resultar un auténtico brindis al sol. En efecto, en una ley cuyo objetivo es la protección al informante, los derechos del denunciado no se concretan ni se desarrollan en ningún artículo, sino que, de un modo genérico, vago y ambiguo²³, reiteran que “las personas afectadas por la comunicación”, tendrán derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y al acceso al expediente (arts. 19 y 39).

De entrada, en el momento en que la instrucción se realiza con reserva de identidad del denunciante e incluso sin poder acceder a la comunicación (art. 19.2), a la persona afectada ya se le está privando del derecho a la contradicción y/o confrontación de la información obtenida cuando, a mayor abundamiento, en ocasiones el denunciante puede realizar el seguimiento o *tracking* de la denuncia a través de determinadas plataformas virtuales²⁴. Esa imposibilidad de conocer al informante y la comunicación queda configurada con una redacción absolutamente tajante —“*en ningún caso*” (art. 19.2 párrafo 2º)— lo que constata una clara prevalencia a la protección del informante en detrimento del derecho de defensa.

Por otro lado, tampoco queda claro el nacimiento de este derecho. En efecto, el art. 19.2 nos dice que “*se garantizará*” que la persona afectada por la información tenga noticia de la misma. Pues bien ¿cuándo se le comunicará su condición de investigado a dicha persona? La Ley establece plazos para acusar recibo al informante —máximo 5 días, art. 17.4—, para comunicarle la admisión o inadmisión —dentro de los 5 días hábiles, art.

²³ Una regulación que también podríamos calificar de “confusa”, en palabras de VILLEGAS GARCÍA, M.A. (2022).

²⁴ Así lo señala SIERRA RODRÍGUEZ que, en un interesante trabajo teórico-práctico, explica que los buzones de la agencia catalana y valenciana asignan un código a cada señalamiento a fin de que el denunciante pueda comunicarse con la agencia. Vid. SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020), p. 35.

18— pero no dice absolutamente nada del momento en que el “afectado” debe conocer la instrucción que frente a él se dirige.

Asimismo, tampoco se precisa el contenido de la información, más allá del referido 19.2 que señala que se garantizará que tenga noticia de la información y de los hechos relatados “*de manera sucinta*”. A este respecto, sucinta es sinónimo de “breve” pero no debiera el instructor entregar una información resumida, sino precisa. Ello parece, además, contradictorio con el acceso al expediente, recogido al final del párrafo del 19.3, para garantizar su derecho de defensa. Acceso al expediente que, por otra parte, no sabemos si será total, parcial, cómo se producirá —de forma presencial, telemática— etc.

Entre los derechos con los que sí parece contar el afectado, encontramos el derecho a ser informado de la posibilidad de realizar alegaciones por escrito. Pero decimos, conscientemente, que “parece contar” porque, seguidamente, se señala que tanto esta información como, incluso la de conocer los hechos “*podrá efectuarse en el trámite de audiencia si se considerara que su aportación con anterioridad pudiera facilitar la ocultación, destrucción o alteración de las pruebas*”²⁵. Es decir, el propio órgano instructor podrá postergar el derecho al contradictorio si estima que ello puede afectar a la investigación, lo que le confiere u otorga “carta blanca” para llevar a cabo las pesquisas a espaldas del afectado, erigiéndose la instrucción del artículo 19 en un auténtico procedimiento secreto hasta que decida otorgarle audiencia.

Pero tampoco el derecho a ser oído parece claro. El art. 19.3 nos dice que la instrucción comprenderá una entrevista con el afectado “*siempre que sea posible*”, indeterminación que evoca otra posible situación de indefensión y que vuelve a dejar al albur del instructor el momento en el que el afectado pueda exponer su versión de los hechos. Y, si ello acontece —que no parece seguro— tendrá derecho a aportar los medios de prueba que considere adecuados y pertinentes

También cuenta la persona afectada con el derecho a la asistencia letrada pues “*se le advertirá de la posibilidad de comparecer asistida por abogado*” (art. 19.3 *in fine*). Este derecho, que no estaba reconocido expresamente en el artículo correlativo de la Directiva 2019/1937 (art. 22) —lo cual constituye un acierto de la presente Ley— contempla la obligación de que la A.A.I advierta al afectado acerca de su derecho, cuyo ejercicio se hará depender

²⁵ Resulta, asimismo, redundante la redacción del 19.2 párrafos primero y segundo donde expone dos veces la referida salvaguarda.

de la voluntad o decisión que éste tome pues, en este procedimiento ante la autoridad, no es obligatoria.

Toda esta fase de instrucción que, como decimos, podrá llevarse a cabo, si así lo estima el instructor, prácticamente a espaldas del afectado, tiene una duración máxima de tres meses. De acuerdo con SIERRA RODRÍGUEZ este periodo no puede ser ampliado o prorrogado, tampoco en asuntos complejos como, sin embargo, sí acontece respecto de los sistemas internos de información ex art 9.2 d)²⁶.

Por todo lo anteriormente expuesto, como el lector habrá observado, el derecho de defensa queda supeditado a la voluntad del órgano instructor que tiene la capacidad y habilitación legal, bajo numerosas excepciones, de limitarlo hasta reducirlo a la insignificancia en pos de asegurar el éxito de la investigación. Además, no parece descabellado pensar que a la propia A.A.I le interesa que el procedimiento termine con una sanción habida cuenta de que parte de su presupuesto provendrá del porcentaje “*que se determine en la Ley de Presupuestos Generales del Estado sobre las cantidades correspondientes a sanciones pecuniarias impuestas por la propia Autoridad en el ejercicio de su potestad sancionadora*” (art. 47).

Por último, la ley repite que “*se garantizará...*”, “*se advertirá...*” o “*se le informará...*” pero no contempla ningún tipo de responsabilidad ante una más que eventual vulneración de los derechos de la persona afectada por la comunicación.

V. DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE A LA OBLIGACIÓN DE AUTODENUNCIARSE

Desde la Ley 5/2010 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la literatura sobre el derecho a la no autoincriminación ha resultado incesante²⁷. 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 penal²⁸.

²⁶ SIERRA RODRÍGUEZ, J (2022), p. 90.

²⁷ Entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M. (2022); GOENA VIVES, B. (2021); SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A. (2016). Y, desde el Derecho Procesal, vid., por todos, ARANGÜENA FANEGO, C. (2019).

²⁸ “... 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 de-

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 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 paradójico²⁹.

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 cuestión³⁰.

nunciadas sus posibles vulneraciones”. También, en un sentido muy parecido, la STS 226/2016 de 16 de marzo.

²⁹ Sobre el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en EEUU, puede verse VILLEGAS GARCÍA, M.A. (2016); y también GIMENO BEVIÁ, J. (2016).

³⁰ 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. (2023).

Pero la Ley 2/2023 quiebra 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)

1. 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, como puede observarse, constituye 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 inocencia³¹.

¿Y qué sucede si incumple la referida obligación? Parece 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)³²

Llama la atención, además, la diferencia establecida a la hora de reportar la información a la Fiscalía entre las disposiciones generales y las particulares para la A.A.I. Si bien en el sector privado y público deberán realizarlo “inmediatamente”, se privilegia a la A.A.I que dispondrá de diez días desde que registró la información para decidir sobre su admisión, inadmisión o “remisión con carácter inmediato” a la Fiscalía (19.2 c) lo que, amén de

³¹ 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 26/6/23).

³² 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 26/6/23).

resultar contradictorio (10 días para decidir vs inmediato para remitir) supone, *de facto*, que esta autoridad pueda retener información con trascendencia penal —y, seguramente, en no pocos casos, también política— en detrimento de un conocimiento verdaderamente inmediato del M.F o del órgano judicial.

Sea como fuere —canal interno o externo de la A.A.I—, la lesión al referido derecho fundamental es evidente. 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 claramente en la fase de enmiendas, concretamente la nº 141 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 orgánica³³. No es de extrañar, por tanto, que la actual redacción pueda reputarse inconstitucional, de ahí 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 información³⁴. Solución que, por supuesto, estimamos muy razonable y compartimos.

A este respecto, sugiere AGUILERA GORDILLO que esta deficiente técnica legislativa generará graves problemas en los procesos penales en que se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica³⁵.

De otro lado, la obligación de remitir a la Fiscalía cualquier información delictiva puede llegar a ser del todo punto 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

³³ 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 26/6/23).

³⁴ 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., por todos, LIÑÁN LAFUENTE, A. (2023).

³⁵ AGUILERA GORDILLO, R. (2023).

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 —también mediante normativa administrativa y regulatoria— 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 autoridades³⁶. 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. Por tanto, como advertimos al inicio del trabajo, bajo el mantra de la necesaria protección al denunciante —que, insistimos, compartimos— se consigue que el Estado amplíe sus fuentes de información, aunque para ello tensione y lesione derechos fundamentales como el aquí analizado. Como vemos, con la Ley 2/2023 no solo gana el denunciante.

2. 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-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

³⁶ 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 denunciarla —y denunciarse, pues también se pondrá en tela de juicio el modelo de prevención, si lo tuviere, de la entidad— al M.F.

hecho de que resulte obligatorio contar con el referido libro, no contraveniría el derecho a no autoincriminarse en tanto derivaría de una obligación legal³⁷ 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 expediente³⁸.

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 cohonestará 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 decisión³⁹.

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 espon-

³⁷ 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. (2017), p. 291. También, en este sentido, PASCUAL SUAÑA, O. (2022), p. 102.

³⁸ “*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.*, (2023).

³⁹ 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 26/6/23).

tánea tras la investigación 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 norteamericana⁴⁰

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 complejo⁴¹.

VI. CONCLUSIONES

La defensa no es un capricho, sino un derecho reconocido constitucionalmente y en numerosos textos internacionales. En la actualidad, sin embargo, existen sectores que pretenden su rebaja o limitación al percibirlo como un obstáculo que impide una rápida y expeditiva sanción, principalmente en casos que afectan a la corrupción. Pero cabe recordar que el sistema de garantías no es patrimonio de los corruptos, sino de los ciudadanos, incluso de las personas jurídicas en el proceso penal, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Y, 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.

En términos generales, no podemos decir que la Ley 2/2023 se olvide del denunciado —“persona afectada”—, aunque, como el lector puede apreciar, le dedique una extensión bastante inferior en relación con el denunciante o informante. De hecho, aborda cuestiones muy relevantes que buscan neu-

⁴⁰ 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 26/6/23).

⁴¹ Sobre ello, véase, ampliamente GIMENO BEVIA, J. (2014).

tralizar los principales riesgos que pudiera favorecer el necesario objetivo que se persigue⁴². Ahora bien, no debemos medir la atención que presta la norma al derecho de defensa con criterios cuantitativos sino cualitativos. Y lo cierto es que su contenido, no ya en la exposición de motivos sino en su articulado, no garantiza, ni mucho menos, un ejercicio ni pleno, ni tan siquiera razonable, de este derecho.

De un lado, en lo que respecta a la investigación realizada por la A.A.I, como hemos observado, la presente ley (art. 19) parece conferir una serie de derechos al afectado que, seguidamente, excepciona cuando puedan comprometer el buen fin de la investigación. Ante esta situación, una instrucción a espaldas del denunciado no solo es posible, sino que se antoja como un escenario que desgraciadamente puede ser habitual.

De otro, 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 arbitrase opciones que conjugasen, de forma equilibrada, ambos derechos.

Asimismo, no discutimos la eficacia del anonimato como medida de protección pues, lógicamente, nadie puede ser represaliado si no se conoce su identidad. Sin embargo, facilita que puedan acontecer denuncias espurias, infundadas o directamente falsas, con el consecuente perjuicio al denunciado y crea un espacio de impunidad, no solo ante este delito, sino también cuando la información aportada haya sido podido ser obtenida vulnerando derechos fundamentales. Del mismo modo, resulta paradigmático hablar de ética corporativa o cumplimiento normativo y fomentar este tipo de instrumentos cuyo origen es eminentemente inquisitorial⁴³.

Pero la Ley 2/2023 no sólo tiene por objetivo establecer medidas de protección para el informante pues, como hemos advertido, 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 crí-

⁴² Así lo considera DE LA CRUZ LÓPEZ sobre la Directiva. En DE LA CRUZ LÓPEZ, *op.cit.*, p. 308.

⁴³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2014), p. 294.

tica 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”⁴⁴.

Por todo ello, protección al informante, rotundamente sí, pero nunca a costa de un sistema de garantías constitucionales que, tanto tiempo, ha costado construir.

VII. 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 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*, nº 12, 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

⁴⁴ Vid. por todos ARMENTA DEU, T. (2021) p. 15 y ss,

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* nº 9139, 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, nº 6, 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* nº 3 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.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J. “Anonimato y apertura de los canales de denuncia de la corrupción”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 55, 2020.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J. “La autoridad independiente de protección al informante en la Ley 2/2023” *Revista Española de Control Externo*, nº 72, septiembre 2022.
- 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* nº 10187, 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/>

DELITOS DE ODIO Y PROCESO PENAL: DESAFÍOS Y PROPUESTAS*

Hate crimes and criminal proceedings: challenges and proposals

FERNANDO MARTÍN DIZ

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca
fmdiz@usal.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Conceptualización general del delito de odio a efectos procesales. II. LA DETERMINACIÓN DE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN LOS CASOS DE DELITOS DE ODIO. III. ADAPTACIONES PROCESALES GENERALES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE ODIO. 1. En relación con los principios del proceso y del procedimiento. 2. En relación con la identificación y legitimación procesal de las víctimas en los delitos de odio. 3. En relación con la condición de vulnerables de las víctimas en los delitos de odio. 4. En relación con el testimonio de la víctima de delitos de odio en el proceso. 4.1. La condición de especialmente vulnerable y su repercusión en la declaración de la víctima de delitos de odio. 4.2. La figura de la víctima subrogada o por representación legal. IV. LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS PROCESOS POR DELITOS DE ODIO: LA RELEVANCIA DE LOS DENOMINADOS “FACTORES O INDICADORES DE POLARIZACIÓN”. V. CONCLUSIONES.

Resumen: Los delitos de odio son una de las expresiones de mayor lesividad social en relación con la condición de las personas desde una doble vertiente de amenaza de daño a los sujetos pasivos del hecho punible y ruptura de la paz social y de la aceptación de las diferencias concurrentes en las personas que la integran. Procesalmente, depara numerosos retos el análisis de las circunstancias que se producen en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio. Algunos de estos retos se analizan en el presente trabajo, valorando las singularidades tanto a nivel de principios del proceso, como respecto a la declaración de la víctima, desde su consideración de víctimas especialmente vulnerables o, en último término, la

* Esta publicación se enmarca dentro del Proyecto Nacional I+D+i «Tratamiento Procesal de los delitos de odio cometidos a través de medios tecnológicos» (Referencia: PID2021-1283390A-I00) perteneciente a la convocatoria sobre «Proyectos de generación de conocimiento» en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023; financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por “FEDER: Una manera de hacer Europa”. IP. BUENO DE MATA, F.

importancia de la prueba indiciaria a través de la utilización de los denominados “indicadores de polarización”.

Palabras clave: delitos de odio, proceso penal, víctimas especialmente vulnerables, declaración de la víctima, prueba indiciaria

Summary: Hate crimes are one of the expressions of greatest social harm in relation to the condition of people from a double perspective of threat of harm to the passive subjects of the crime and rupture of social peace and acceptance of concurrent differences. in the people who make it up. Procedurally, the analysis of the circumstances that occur in the investigation and prosecution of hate crimes presents numerous challenges. Some of these challenges are analysed in this work, assessing the singularities both at the level of the principles of the process, and with respect to the victim’s statement, from their consideration of especially vulnerable victims or, ultimately, the importance of the circumstantial evidence. using the so-called “polarization indicators”.

Keywords: hate crimes, criminal proceedings, vulnerable victims, victim’s statement, circumstantial evidence

ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CP | Código Penal |
| FGE | Fiscalía General del Estado |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECrim. | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LEVD | Ley del Estatuto de la Víctima del Delito |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| núm. | número |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| RAJYL | Real Academia de Jurisprudencia y Legislación |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |

I. INTRODUCCIÓN

¿Hay una profunda crisis de valores en la sociedad actual?, ¿pervive el respeto por la diversidad y las diferencias personales, ideológicas y socia-

les?, ¿se encuentran arraigados prejuicios inamovibles respecto de determinados colectivos y grupos?, ¿dónde está el límite que separa la libertad de expresión¹ de la amenaza y el señalamiento discriminatorio de una determinada persona, víctima, género, raza, creencia, pertenencia a grupo social, etc.? Detrás de todas estas interrogantes, aparece el odio como muestra de una sociedad desvalorizada y extremista. El odio como un concepto relativamente indeterminado que se proyecta habitualmente hacia los colectivos más vulnerables de la sociedad y de cuya trascendencia da cuenta el hecho de haber sido criminalizado por el sistema de justicia, asociando consecuencias jurídicas penales a sus expresiones más lesivas y directamente amenazantes y discriminatorias para personas y colectivos.

La pátina de autoproclamada libertad y pluralidad que impregna la convivencia en las modernas sociedades y que, a su vez, se traslada a sus estructuras jurídico legales en la mayoría de países con regímenes democrático constitucionales, se ve afectada, cada vez con mayor intensidad y frecuencia, tal y como señalábamos en el párrafo anterior, por extremismos, por la radicalidad, por la intolerancia y la discrepancia exagerada y por la divergencia impositiva de ideas, creencias, prejuicios, identidades, culturas e, incluso, formas de ser o de actuar. Uno de los indeseables resultados de las circunstancias anteriores, ya advertida, es la concurrencia del odio, entendido según la Real Academia Española, como la “antipatía y aversión hacia algo o alguien cuyo mal se desea”. Odio que se manifiesta en privado, en actos punibles que no trascienden, fundamentalmente a través de conductas agresivas (amenazas, lesiones, homicidios), pero odio que, también, y cada vez con mayor habitualidad, se manifiesta públicamente a través de discursos, proclamas o declaraciones hostiles y discriminatorias, muy especialmente por el conducto de las redes sociales², desacreditando a personas o colectivos (generalmente vulnerables) a través del fenómeno conceptualizado como “discurso del odio” con declaraciones públicas, habitualmente muy ofensivas y denigrantes que exceden, y con ello derivan en

¹ Véase STEDH, núm. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside, en la cual se establece la doctrina del TEDH en relación con la valoración del derecho a la libertad de expresión y su encaje en el contenido del art. 10 del CEDH, señalando que, como pilar fundamental de la sociedad democrática, su ejercicio no debe conocer limitaciones de frontera, ni ser objeto de interferencias por los poderes públicos. No obstante, las libertades que reconoce el Convenio no son derechos ilimitados, sino que las leyes nacionales han de regular su uso y su cesión ante otros límites materiales como puede ser la protección de la moral, circunstancia que directamente se ve concernida en los delitos de odio.

² Miró Llinares, F., *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Barcelona, 2018.

relevancia penal, el ejercicio de la libertad de expresión³. En el delito de odio, incluso de forma ajena a la propia motivación del sujeto activo, se sustenta siempre un elemento ofensivo, humillante o intimidatorio hacia el sujeto/s pasivo/s que precisa de un reproche y punición penal efectiva, proporcional, suficiente⁴ y adecuada.

La transcendencia lesiva de las conductas vinculadas al odio ha dado lugar a su catalogación en un doble plano penal:

- a) como agravante del delito (art. 22.4 CP) aplicable en distintos tipos penales siempre que concurra el hecho de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta,
- b) como elemento penal específico e incluso como tipo penal singular, el cual ha sido modificado progresivamente desde su origen y en su repercusión criminológica, como desarrolla FUENTES OSORIO⁵, dando lugar a subgrupos de delitos de odio. Concretamente, y según el autor de referencia, de manera muy genérica se pueden distinguir tres: el odio como circunstancia agravante por discriminación —ya señalada en el párrafo anterior—, como ratio de una anticipación penal por la amenaza de daño que contiene —es decir, con un tinte marcadamente preventivo— y como lesión de la paz pública o de la moral social mayoritaria —en este supuesto ante hechos ya realizados y en los cuales encaja la conducta tipificada en el art. 510 CP—.

1. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DEL DELITO DE ODIO A EFECTOS PROCESALES

Conceptualmente, de manera general, el delito de odio se ha definido en el *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Real Academia Española, como la violencia física o psicológica contra una persona en razón de su na-

³ Gómez Bellvís, A. B., “Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain. Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship”, *Spanish Journal of Legislative Studies*, núm. 1, 2019.

⁴ Véase al respecto la doctrina establecida en la STEDH de 13 de noviembre de 2007, Asunto D.H. y otros vs. República Checa.

⁵ Fuentes Osorio, J.L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm., 19, 2017.

cionalidad, etnia, sexo, religión o ideología, complementándose la antedicha catalogación con la ofrecida respecto al delito de provocación al odio, en el cual se enmarcaría de forma más directa la previsión del art. 510.1 CP, en cuanto delito que “cometen quienes públicamente fomentan, promueven o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

En último lugar, y en una línea argumental idéntica a las anteriores, el Diccionario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (2016) ahonda en la problemática conceptual del delito de odio al señalar que “podemos estar refiriéndonos a dos clases de conductas diferenciadas y no necesariamente coincidentes” al tratarse de un conjunto de delitos que admiten varias acepciones. Señala el Diccionario de la RAJYL que, en primer lugar, tal denominación se refiere a aquellos delitos agravados por haber sido cometidos con una determinada motivación o móvil, consistente en el odio o prejuicio del autor hacia un estereotipo caracterizado por una condición personal, real o sólo por él percibida, de su víctima (etnia, sexo, creencias, etc.). Alternativamente, también puede referirse este concepto a aquellos delitos cuya comisión, con independencia de la motivación real del autor, conlleve una carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social que haya sido tradicionalmente objeto de discriminación por razón de alguna de dichas condiciones personales. Pueden incluirse entre estos delitos o crímenes de odio todos aquellos a los que fuera de aplicación la circunstancia agravante genérica de motivos discriminatorios, así como diversos tipos de la parte especial del Código, paradigmáticamente los relativos al llamado “discurso del odio” (entre los que se encuentra el delito de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél del art. 510 CP).

Actualmente, la tipología delictiva vinculada a los delitos de odio⁶ presenta, como hemos anticipado en las definiciones previas, una menor casuística

⁶ Gascón Cuenca, A., “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”, *Odio, Prejuicios y Derechos humano*, Lorenzo Copello, P; Daunis Rodríguez, A. (coord.), Comares, Granada, 2021, pp. 160 y ss.

en su vertiente más ligada a la discriminación y las causas discriminatorias y se ha concentrado, mayoritariamente, en asuntos que han trascendido de forma muy notable a la propia sociedad, en delitos de odio caracterizados por la intolerancia y el señalamiento a determinados individuos o colectivos, desde la más absoluta animadversión del sujeto autor del discurso del odio, generando agresiones, más verbales que físicas, que estereotipan y señalan como objetivos a personas o colectivos por alguna circunstancia concurrente en estos (raza, condición sexual, nacionalidad, grupo social, político o religioso, exclusión social, inmigración, pobreza, etc.). Es en este punto, donde queremos comenzar a señalar el objetivo más directo del presente trabajo, como es la situación de las víctimas de este delito, particularmente cuando son una pluralidad, más o menos determinada o determinable —víctimas colectivas o difusas, según el caso— y en la que su vinculación al tipo delictivo puede ser diferente por cuanto es más un delito de peligro abstracto y que atenta intereses supraindividuales —no queda señalada una víctima concreta y singular— frente a otros supuestos de delitos de odio en que la víctima está perfectamente determinada o determinable —persona/s frente a la cual se profieren amenazas, insultos o se dirige el discurso del odio—, lo que cambiaría en cierto modo la naturaleza del delito de odio hacia un delito de odio concreto, e, incluso, en último término la situación en que pudieran darse episodios de conductas discriminatorias o intolerantes susceptibles de encajar en la tipificación de delito de odio que no se dirigen a una víctima singular y concreta o a un colectivo de víctimas más o menos identificable y que, en este supuesto, vendría a suponer un delito de peligro hipotético.

Si recurrimos a los datos oficiales existentes, hemos de considerar que la situación actual en relación a los delitos de odio en España es, cuanto menos, muy preocupante. Según los últimos datos disponibles⁷, en cómputo anual, en 2021, se conocieron por causa de delitos de odio 1802 asuntos a nivel nacional, vinculados a situaciones de antigitanismo, antisemitismo, aporofobia, creencias o prácticas religiosas, odio contra personas con discapacidad, discriminación generacional, discriminación por razón de enfermedad y discriminación por sexo o género, ideología, orientación sexual o identidad de género y racismo o xenofobia, que depararon, según la misma fuente oficial, al menos identificadas, en el cómputo del año anterior (2020), a 1874 víctimas directas de dichos hechos.

⁷ Disponibles en <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos6/&file=pcaxis> (última fecha de consulta: 26 de octubre de 2023).

La premisa sobre la cual construiremos las reflexiones de los siguientes apartados descansa en valorar si el proceso penal, y en concreto los diferentes procedimientos a través de los cuales se enjuician los diversos delitos, ha de adaptarse a las particularidades de los mismos en lo que afecta a la interpretación y aplicación de los principios y garantías que rigen los mismos. Esto es ¿afecta el hecho de investigar y enjuiciar un delito de odio a la propia estructura del proceso penal y a sus procedimientos? El hecho de encontrarnos ante delitos muy especiales, que pueden adoptar una naturaleza diferente en función de los sujetos pasivos del mismo, tanto en su condición personal (víctima especialmente vulnerable en la mayoría de los casos) como en la determinación de estos, siendo en algunos casos delitos de peligro abstracto, en otros supuestos delitos de peligro hipotético e incluso delitos concretos, en función de la singularización e individualización de las víctimas, nos hace reflexionar seguidamente sobre la interpretación y aplicación de los elementos centrales y básicos del propio proceso penal.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN LOS CASOS DE DELITOS DE ODIO

Teniendo en cuenta, por tanto, estas circunstancias, que posteriormente también abordaremos, hemos de ser conscientes, en primer lugar, del posible factor de transnacionalidad y ubicuidad en la comisión y efectos de un delito de odio, especialmente si se produce a través de redes sociales⁸, por cuanto puede requerir de la aplicación de los criterios de determinación de la extensión y límites de la jurisdicción española en materia penal. Acudiendo al art. 23 LOPJ, corresponderá a la jurisdicción española, según los apartados 1 y 2 del citado precepto, el conocimiento de los delitos de odio cometidos en territorio nacional —en caso de realizarse a través de una red social, si se puede determinar que la publicación en la misma se produjo desde o en territorio español— así como de aquellos cometidos fuera de territorio nacional cuyo responsable criminal fuese español (o extranjero que haya adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho) y siempre y cuando concurren los requisitos cumulativos señalados en el artículo 23.2 LOPJ. Es decir, que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, circunstancia que puede impedir su prosecución en España por

⁸ Tamarit Sumalla, J.M., “Los delitos de odio en las redes sociales”, *IDP: Revista de internet, Derecho y Política*, vol. 27, 2018, pp. 17-29.

cuanto muy pocos son los Estados que contemplan el tipo delictivo del delito de odio, se interponga querrela por el agraviado o el Ministerio Fiscal ante los tribunales españoles y que el autor no haya sido absuelto, indultado o penado mediante proceso penal seguido ante los órganos jurisdiccionales de otro estado o, bien, haya cumplido condena por sentencia firme en relación a un delito de esta tipificación.

¿Podría encajar en la extensión y límites de la jurisdicción española, en materia penal, un eventual delito de odio contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor y su Regente, a tenor de la previsión del art. 23.3 b) LOPJ?, de entender que es factible, sería objeto de conocimiento por los órganos jurisdiccionales españoles con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de autor, eventualidad que puede concurrir, por ejemplo cuando mediante una manifestación se pueda desear⁹ un mal, originado en un prejuicio o intolerancia, contra una determinada clase de personas y, en su caso, contra la concreta persona que comparte las características que generan este deseo, en este supuesto por el hecho de ostentar la Jefatura del Estado. Igualmente nos planteamos si la jurisdicción española podría llegar a conocer, bajo la tipificación de delito de odio, situaciones contempladas en el art. 23.4 LOPJ, en relación por ejemplo con el genocidio o la trata de seres humanos, de concurrir las respectivas exigencias que para cada uno de estos supuestos establecen respectivamente los apartados a) y m) del art. 23.4 LOPJ, y que, al menos *a priori*, habilitarían el enjuiciamiento ante los órganos jurisdiccionales españoles del delito de odio en concurrencia con los anteriormente señalados.

La variante transnacional de los delitos de odio, frecuente con la utilización de canales de difusión cibernética¹⁰ para cometer los hechos tipificados, también repercute en la posible necesidad de cooperación judicial transfronteriza entre diversos Estados, tanto en la determinación del autor del hecho, el establecimiento del efectivo lugar de comisión del delito, la localización e identificación de las víctimas, la asistencia a las mismas, o la posible necesidad de realización de diligencias de investigación, obtención y práctica de prueba, u otras vías de cooperación judicial internacional (ór-

⁹ Véase al respecto la consideración que sobre la delimitación conceptual de los delitos de odio establece el *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Autor: Juan Alberto Díaz López. NIPO-PDF: 121-20-004-9, p. 11.

¹⁰ Carreras Presencio, A.I., "Concepto supranacional del delito cibernético de odio", *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 145, 2020 y Gómez Martín, V., "Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 411-449.

denes de detención y traslado de sospechosos o investigados, órdenes de protección a víctimas, reconocimiento y ejecución de resoluciones penales, etc.) que deberán acomodarse en cada caso a los distintos Tratados e instrumentos jurídicos de cooperación judicial penal en vigor.

III. ADAPTACIONES PROCESALES GENERALES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE ODIO

Una adecuada protección de los derechos y de la situación de las víctimas de delitos de odio puede concretarse, como ya anticipábamos, con un enfoque particularizado de determinadas actuaciones procesales que promuevan una mayor efectividad de las víctimas en el contexto de los procedimientos penales por delitos de odio, siendo sensibles a sus necesidades sin perder un ápice el imprescindible equilibrio con los derechos del investigado o acusado.

1. EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO

Los delitos de odio socavan el tejido social al tiempo que vulneran los derechos individuales de cada una de sus potenciales víctimas debido a su propia y particular naturaleza. La libertad personal, la seguridad colectiva y de la sociedad, la dignidad y la intimidad de las víctimas se ve muy seriamente comprometida y puesta en riesgo ante la amenaza lesiva que comporta la expresión del odio. El acceso a la justicia y, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, deben conducir a la valoración de la existencia de responsabilidad criminal ante conductas susceptibles de ser tipificadas en el Código Penal vigente como delitos de odio desde la observancia de la garantía jurisdiccional del derecho penal y la concurrencia del principio de legalidad, desarrollando la investigación y enjuiciamiento de estos tipos delictivos de acuerdo a las previsiones de las normas procesales penales (art. 1 LECrim), por tanto sólo serán admisibles variantes en los actos procedimentales de investigación y enjuiciamiento de este tipo de delitos que estén expresamente contempladas en leyes vigentes, lo cual redundará en la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías tanto para el investigado/encausado como para la víctima.

Con relación al proceso penal¹¹, es inherente a su estructura tanto el principio de contradicción como el principio de igualdad, ambos de escrupulosa

¹¹ Consúltese, Gimeno Sendra, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 171 ss y Ramos Méndez, *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978, pp. 300 ss.

confluencia en procesos penales por delitos de odio. No va a ser excepción, tampoco, en relación al objeto del proceso, la exigencia de cumplimiento del principio acusatorio, garantizando con ello, además de la imparcialidad del órgano jurisdiccional en la instrucción e investigación de los delitos de odio al diferenciar ambos competencialmente, el ejercicio de la acusación desde operadores jurídicos ajenos al propio órgano jurisdiccional, ya lo sea por actividad del Ministerio Fiscal, con la existencia de una fiscalía especializada en este tipo de delitos¹², o de las acusaciones de parte. En lo que afecta al acervo probatorio y su valoración, como aspecto crucial de la propia sentencia en un proceso penal por delitos de odio, se mantiene la aplicación del principio de libre valoración de la prueba, asentado inveteradamente en el art. 741 LECrim., delegando en el juez, sin sujeción a normas legales impositivas de valoración, la convicción sobre los hechos a partir de la interna convicción que el resultado de la prueba le ha producido y que motivará con criterio razonado en los fundamentos de la resolución, evidentemente desde el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Finalmente, se observarán en los procesos penales por delitos de odio los efectos inherentes al principio de doble instancia, que observada la penalidad de los delitos por odio y la atribución de competencia objetiva y funcional para el conocimiento de estos delitos, da cuenta de las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente interpretativa de “derecho al recurso” y casa perfectamente con la doctrina jurisprudencial y de los textos internacionales que protegen derechos humanos, en su previsión procesal, requiriendo la previsión legal y funcional de existencia de una vía de impugnación frente a las decisiones definitivas de primera instancia habilitando la revisión ante otro de superior instancia.

Procedimentalmente, la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio, ha de sustentarse sobre la inmediación —y la presencia y contacto directo del juzgador con el acervo probatorio que acredite la concurrencia, comisión y autoría del delito—, la concentración de la realización de los

¹² Desde la Fiscalía especializada en delitos de odio y discriminación se coordina la actuación de la red de especialistas y promueve la formación y sensibilización para una eficaz respuesta a este fenómeno delictivo, integrando a nivel orgánico desde la Fiscalía de Sala contra los Delitos de odio y discriminación hasta las correspondientes secciones de delitos de odio y discriminación en cada Fiscalía provincial a cuyo frente se sitúa un Fiscal delegado. Puede encontrarse una mayor información institucional al respecto en: <https://www.fiscal.es/-/delitos-de-odio-y-discriminacion> (fecha de última consulta: 26 de octubre de 2023).

Puede consultarse el trabajo de Güerri Ferrández, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación: aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.

actos procesales —básicamente en la fase de enjuiciamiento—, la oralidad —expresada en la realización de una fase de juicio oral en la que se aporta el material fáctico a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional en su sentencia— y la publicidad, este último como principio del procedimiento penal que solo será restringible ante las situaciones en que pueda determinarse la idoneidad del secreto de la instrucción (para su buen fin) o la celebración del juicio oral a puerta cerrada (para la protección y seguridad, fundamentalmente, de las víctimas, que, no debemos olvidar, pueden ostentar la condición de especialmente vulnerables).

2. EN RELACIÓN CON LA IDENTIFICACIÓN Y LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS DELITOS DE ODIO

Los actos procesales se orientan, desde las primeras actuaciones de investigación, a determinar la existencia del delito y a identificar a sus autores y víctimas. Dirigimos nuestras reflexiones hacia quienes resultan ser sujetos pasivos de un delito de odio, considerando que, desde esta concreta perspectiva, la determinación de la víctima nos ofrece una repercusión dual. Así, en determinados delitos de odio, la concreción subjetiva de los afectados por el hecho delictivo tipificable en las conductas descritas en el art. 510 CP es directa, individual e indudable cuando, por ejemplo, las amenazas o la promoción de la hostilidad se dirigen o profieren frente a una, o varias, persona o personas concretas y perfectamente identificadas. En cambio, otros muchos casos, desgraciadamente cada vez más frecuentes y especialmente cuando el delito de odio se comete a través de las redes sociales¹³, la victimización es grupal, ya sea colectiva¹⁴ o difusa, y requiere de la protección de un interés supraindividual. Este condicionante se ve reafirmado cuando revisamos el propio contenido del art. 510 CP y comprobamos como muchos de los supuestos de amenaza, hostilidad o discriminación que ahí se contemplan afectan a un colectivo, vulnerable, en el cual pueden identificarse la víctimas —victimización colectiva— o que puede afectar a un número indeterminado o indeterminable de personas —victimización difusa— en la

¹³ Circunstancia que opera como determinante en la imposición de la pena tal y como prevé el art. 510.3 CP estableciendo que las penas previstas “se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

¹⁴ Bujosa Vadell, L., “Víctima colectiva y postconflicto”, *Revista italo-española de Derecho Procesal*, núm., 1, 2018, pp. 89-108.

medida que comparten unos patrones comunes que les integran en el grupo hacia el cual se dirige el delito de odio.

Esta singularidad podría erigirse en obstáculo procesal tanto en relación al ejercicio de acciones por parte de las víctimas (legitimación¹⁵) como en relación con la declaración de las víctimas, al encontrarnos, en relación con este segundo matiz, en supuestos de victimización colectiva, con un número más o menos elevado de víctimas para cuya deposición de testimonios pueda resultar especialmente compleja la citación y realización de la diligencia, o la práctica de la prueba en el juicio oral, teniendo que delimitarse y acreditarse en estos casos la pertenencia al colectivo de víctimas afectadas para poder participar en dicha condición en las actuaciones y, en decisión del órgano jurisdiccional, la pertinencia, procedencia y necesidad de que presten declaración todas ellas —o al menos las que como tales se personen en las actuaciones y acrediten su condición—.

Algo más compleja puede ser aún, la situación en el supuesto de victimización difusa en delitos de odio y la singularidad que ello comporta tanto en relación con la legitimación como respecto de la declaración testifical de las víctimas. Nos encontramos por definición, ante un supuesto en que las víctimas no están determinadas o no son determinables, conformando asimismo una pluralidad, teóricamente, extensa. En estos casos: ¿quién puede iniciar acciones judiciales en nombre y representación del grupo?, ¿a quién cita el órgano jurisdiccional a declarar en la fase de investigación?, ¿quiénes serían llamados a declarar en juicio oral? Interrogantes de mucho peso procesal por cuanto, como hemos indicado, tanto la disponibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva para la víctima como poder contar con su testimonio son elementos prácticamente insustituibles para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en un proceso penal por delito de odio.

En relación con la legitimación activa en el proceso penal, conviene recordar, con carácter general, tal y como expone MORENO CATENA¹⁶, que la legitimación activa no se reconoce en el proceso penal a partir de la relación del actor con el derecho material, sino que responde a otros criterios y opera de manera distinta. Es por ello que encontramos la figura de la acusación

¹⁵ González Granda, P., y Ariza Colmenarejo, M.J., “Avances y retos en materia de legitimación”, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 341-365.

¹⁶ Moreno Catena, V., y Cortés Domínguez, V., *Derecho Procesal Penal*, 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 112-113.

popular¹⁷, que habilita el ejercicio de la acción penal sin reunir la condición de agraviado o perjudicado por el delito y que en nuestro caso podría llegar a dar cobertura al supuesto planteado cuando el delito de odio a afectado a un grupo de víctimas, más o menos identificables (victimización colectiva en un caso y victimización difusa en otro).

Ante esta tesitura y para dar efectividad a la prosecución penal de los delitos de odio, con independencia del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal, podemos considerar, en primer lugar, que los delitos de odio lesionan de forma directa un derecho fundamental como es el derecho a la igualdad, por cuanto los prejuicios extremos que conlleva el tipo del delito de odio afectan a la víctima por su pertenencia a un grupo, sin que haya diferencia entre unos y otros integrantes del mismo, cercenan la dignidad y la individualidad de los integrantes de ese grupo o colectivo social. De entrada, con esta consideración sobre la mesa, podríamos valorar la idoneidad de la previsión de legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación prevista en el 11 bis LEC, por aplicación del principio de supletoriedad que prevé el art. 4 LEC, para habilitar el ejercicio de la acción popular a los supuestos contemplados en dicha norma, y en defecto de disposiciones concretas en la norma procesal penal, sin perjuicio, además, de las apreciaciones que efectuaremos seguidamente desde la literalidad del art. 109 bis LECrim en relación con el ejercicio de la acusación particular. En ese sentido, podría considerarse la intervención de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como respecto a delitos de odio vertidos hacia colectivos determinables —victimización colectiva— vinculados a una afiliación o asociación a estos, la eventual legitimación, según lo previsto en el art. 11.1 bis LEC, de partidos políticos, sindicatos, o, en el caso más próximo a la situación que nos concierne de las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos —de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹⁸—. De manera similar, la previsión del aparta-

¹⁷ Ferreiro Baamonde, X., “¿Hacia dónde camina la acción popular?”, *Revista de derecho proceso penal*, núm., 28, 2012, pp. 57-90; Valiño Ces, A., “El ejercicio de la acción penal y las particularidades en la acusación popular”, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, V. Moreno Catena (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 89-109.

¹⁸ Art. 29, Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos estarán legitimadas, en los términos

do segundo del precitado artículo, contemplaría el escenario de los supuestos de victimización difusa, ya caracterizados anteriormente, en delitos de odio, habilitando cuando las víctimas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos tanto a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación como a partidos políticos, sindicatos o asociaciones u organizaciones de ámbito estatal o territorial en el que se produce la discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo a lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, sin perjuicio de la legitimación individual —que se traduciría en nuestro caso en el ejercicio de la acusación particular— de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas.

Diferente de la situación anteriormente descrita en relación con la legitimación de víctimas colectivas o difusas en delitos de odio, es el supuesto contemplado en el art. 109 bis LECrim, basado fundamentalmente en la determinación de la legitimación individual que corresponde a la víctima del delito, de odio en nuestro caso, singularmente considerada y con independencia del número, más o menos amplio de las mismas en relación con un concreto hecho delictivo. En tanto la víctima no renuncie a su derecho, podrán ejercer sus acciones penales en cualquier momento anterior a la calificación del delito, sin posibilidad de retroacción de las actuaciones ya practicadas antes de su personación, e incluso transcurrido el plazo para formular escrito de acusación podrán, hasta el inicio del juicio oral, adherirse a los escritos de acusación presentador por partes acusadoras personadas en la causa (ya sea el Ministerio Fiscal u otra acusación).

Los delitos de odio presentan, en una de sus posibles manifestaciones, una amenaza o discriminación que puede proferirse frente a distintas víctimas perfectamente individualizables, lo cual puede conducirnos a que pro-

establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos tienen que acreditar los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran, b) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación.

cesalmente el ejercicio y personación procesal de estas se reconduzca a alguna de las situaciones previstas en los apartados 2 y 3 del art. 109 bis LECrim, sin perjuicio de que, en todo caso, el ejercicio de acciones por delito de odio por una víctima impida que cualquier otro de los legitimados (víctima) ejercite a título individual acciones penales y se constituya en acusación particular. Así las cosas, podremos encontrarnos en un proceso penal por delito de odio, que no implique una victimización colectiva o difusa pero si causa una pluralidad determinable e individualizable de víctimas, que estas opten por personarse independientemente o bien, en estos casos, el Juez o tribunal, en resolución motivada y cuando considere que pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, oídas las partes, imponga que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses. Esta circunstancia puede ser de interés en los casos de delito de odio consecuencia de un discurso del odio en que el hecho punible nace de una acción común frente a las víctimas, con identidad de razón y consecuencias penales, y que puede coadyuvar a un proceso penal más eficiente al canalizar todas las diferentes acusaciones particulares que representen a todas, o, la mayoría, de las víctimas hacia una defensa unificada, sin perjuicio de la intervención individual de las víctimas en aquellos trámites procesales personalísimos (declaraciones, reconocimientos, etc.) que puedan ser oportunos en el procedimiento. Incluso podría recurrirse también, en los supuestos anteriormente expresados en este párrafo, a la situación que prevé el apartado 3 del art. 109 bis LECrim, ejercitando la acción penal una asociación de víctimas (o persona jurídica) a quien la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas —por ejemplo una asociación constituida legalmente para la defensa de los derechos de las víctimas de delitos de odio, o la particularmente constituida en relación con algún subtipo de delitos de odio o con algún hecho punible constitutivo de delito de odio en particular—, siempre que consten, en este supuesto, de autorización expresa de la víctima del delito de odio.

En conclusión, tenemos por un lado la posible interpretación, por vía de supletoriedad de la aplicación de la LEC, de lo previsto en el art. 11 bis LEC para dar cauce de legitimación en los supuestos de delitos de odio de victimización colectiva o difusa a determinadas entidades ejercitando la representación de las mismas a través de la figura de la acusación popular, así como la posible agrupación de víctimas con legitimación individual en torno a una, o varias, representaciones y defensas de acuerdo a las opciones del art. 109 bis LECrim. Todo ello, evidentemente, sin perjuicio de la le-

gitimación individual, habilitante de la personación a través de la figura de la acusación particular, de la víctima concreta y singular de un delito de odio.

3. EN RELACIÓN CON LA CONDICIÓN DE VULNERABLES DE LAS VÍCTIMAS EN LOS DELITOS DE OUDIO

El delito de odio conlleva una conducta intimidatoria, amenazante y discriminatoria frente a una persona, un colectivo o un grupo social. La tenencia por la víctima de una determinada condición o circunstancia es elemento determinante para ser sujeto pasivo de este tipo de delitos, dado el rechazo del autor a la identidad de la víctima. Esta circunstancia condiciona especialmente a la víctima, puesto que ella misma no puede cambiar o rehuir de las características por las cuales el agresor la ha señalado y ha cometido el delito (raza, pertenencia a un grupo, sexo, etc.). Incluso, la tipología penal de los delitos de odio es particular en cuanto más que daños físicos directos, que se presentan como potenciales, hipotéticos y futuros, genera un impacto inmediato a nivel emocional y psicológico (miedo, inquietud, intranquilidad, ansiedad, pérdida de confianza o depresión, entre otros) ante lo que supone la amenaza o discriminación causada frente a la víctima. Daños de carácter emocional o moral que son, por supuesto, reclamables por la víctima del delito de odio, cuantificables y resarcibles a nivel indemnizatorio¹⁹ dentro del proceso penal seguido al efecto.

La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecían normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delito, preveía, en su Preámbulo —párrafo 57—, que respecto de las víctimas de delitos de odio “tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria, intimidación o represalias”, afirmación que si se conecta con su correlación cuantitativa de mayor calado en la actualidad, como es la manifestación fundamental en forma, que no totalmente exclusiva, de discursos de odio, identifican directa e indirectamente una condición distintiva

¹⁹ STS núm. 437/2022, de 4 de mayo, en la cual el TS confirma condena por delito de odio a quienes insultaron a varios integrantes de la plataforma “Barcelona por la Selección”, estableciendo que la condena a indemnizar por el daño moral infligido a las víctimas, en una cuantía de 18.000 euros, es apropiada por cuanto considera el Tribunal que las víctimas, tras los hechos ocurridos, es muy difícil que regresen al “antes”, ni aunque sean compensadas económicamente, tomando como elemento clave para la fijación de esta cuantía, el impacto emocional percibido en las víctimas al prestar declaración así como, especialmente, las posibles consecuencias personales de miedo, o temor a que se repita o revivan lo ocurrido. Son estos tres elementos: dificultad de regreso a la situación anterior al hecho delictivo, permanencia del recuerdo de los hechos y miedo a su repetición, los que evalúa el TS para la fijación del daño moral en este concreto supuesto y que pueden ser, perfectamente, exportables a otros asuntos con identidad de razón.

de las víctimas de estas conductas punibles, como es la que trasciende la consideración y cualificación, respecto a los sujetos pasivos de estos delitos, de colectivos vulnerables.

Las víctimas en los supuestos de delitos de odio que producen una victimización colectiva o difusa son objeto de una actitud amenazadora e intolerante, en ocasiones fruto de estereotipos o prejuicios hacia estas por su posible condición de vulnerables y en ocasiones producto de una visión discriminatoria del autor, que, en ambos casos, determina una situación de riesgo para las víctimas o sus derechos e incluso, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional²⁰, para el propio sistema de libertades que la Constitución instaura y protege, pese incluso a que pueda invocarse el derecho, también fundamental y constitucional, a la libertad de expresión.

Habitualmente el sujeto pasivo de un delito de odio ostentará la condición de víctima especialmente vulnerable²¹, si bien dicha circunstancia no es predicable en todos y cada uno de los delitos de este tipo penal. La posible condicionalidad a la hora de la participación de la víctima especialmente vulnerable de un delito de odio en el proceso penal, instrucción y enjuiciamiento, vendría directamente relacionada con la necesidad de adoptar medidas de protección a dicha víctima particularmente adecuadas a sus circunstancias, y en consonancia con las especificaciones que prevea para ello la propia Ley del Estatuto de la Víctima del Delito u otras normas especiales en materia de protección a víctimas de concretos delitos (terrorismo, agresiones sexuales, violencia de género o menores) que puedan ser de aplicación. Teniendo presente que uno de los elementos a los que ha de recurrir el órgano jurisdiccional, tanto para acreditar la comisión de hecho delictivo como para su posterior enjuiciamiento, es la propia declaración de la víctima, será ahí donde también podremos identificar un momento procesal de relevancia en el cual su condición de víctima especialmente vulnerable

²⁰ En la STC 112/2016, de 20 de junio, y en relación con un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, estima que se considera un supuesto de odio dicha situación como manifestación del discurso del odio que propicia o alienta, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas, derechos de terceros y el sistema de libertades. En la precitada Sentencia, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, como manifestación del discurso del odio, incitaba a la violencia, mediante el enaltecimiento del autor de actividades terroristas, no encontrando amparo en el contenido del derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.a CE.

²¹ Es muy ilustrativa, en este sentido, la descripción y catalogación de personas especialmente vulnerables a los delitos de odio en España que contiene la *Guía Práctica para la Abogacía en delitos de odio*, Abogacía Española, 2018, pp. 21 y ss.

habrá de ser tenida muy en consideración al ser sujeto pasivo de un delito en el cual las circunstancias personales, los prejuicios y la discriminación derivada de ellas generan una situación de inferioridad o indefensión que puede deparar a posterior una agravación de la responsabilidad penal del autor del hecho criminal.

Esta circunstancia, anteriormente reseñada, se observa, por ejemplo, en la consideración que realiza la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP, en que sitúa la génesis de un delito de odio con la protección directa de colectivos desfavorecidos y vulnerables y con ello determina la propia naturaleza del tipo penal que protege el bien jurídico afectado. En esa misma línea argumental, el hecho de que los delitos de odio se vinculen, fundamentalmente, con hechos en que el sujeto pasivo puede considerarse, generalmente, como colectivo vulnerable, otorga carta de naturaleza a que sean precisas determinadas condiciones y prevenciones en actuaciones procesales que deban efectuarse respecto de estas víctimas, de cara tanto a la propia efectividad de la investigación y enjuiciamiento del delito como, sobremanera, a la protección de las víctimas.

Han de ser bienvenidas, y trasladadas a una efectividad práctica, recomendaciones como las que efectúa el Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa en su Recomendación (2023)² sobre derechos, servicios y apoyo a las víctimas de delitos de 15 de marzo de 2023, cuando, desde la dicción de su artículo 4, establece como medida de garantía para las víctimas la realización de una evaluación individual, desde el primer momento en que entren en contacto con las autoridades de justicia penal, para “identificar necesidades específicas de protección y determinar si las víctimas pueden hacer un uso efectivo de ellas y en qué medida se necesitan los derechos genéricos y las medidas específicas establecidas en esta recomendación en materia de protección de las víctimas”, teniendo en cuenta para ello, en particular, sus características personales —especialmente relevantes en los delitos de odio—, el tipo o naturaleza del delito y las circunstancias del mismo, prestando especial atención a las víctimas especialmente vulnerables. En muchos de los supuestos de victimización por delitos de odio será determinante para la víctima, por su vulnerabilidad, la efectividad de derechos, ya contemplados previamente en nuestra legislación nacional (LEVD) y sobre los que se subraya nuevamente su observancia en la Recomendación del Consejo de Europa antedicha, como

son el derecho a entender y ser entendido²² (art. 5), el derecho a recibir información (arts. 6 y 8), el derecho a ser escuchado (art. 10), el derecho a asistencia legal (art. 12) o el derecho a la protección²³ (art. 15)

²² En el apartado 2 del citado precepto se invoca a que “Los Estados miembros deberían garantizar que las comunicaciones con las víctimas en el contexto de los procesos penales se realicen en un lenguaje sencillo y accesible. Dichas comunicaciones deben tener en cuenta las características personales de la víctima, incluido su conocimiento del idioma utilizado para proporcionar información, edad, madurez, capacidad intelectual y emocional, alfabetización y cualquier discapacidad mental, física o de otro tipo que pueda afectar la capacidad de comprender, o ser comprendido. También deben tenerse en cuenta las limitaciones a la capacidad de la víctima para comunicar información”, referencias que cobran particular importancia, por la propia situación personal de las víctimas de los delitos de odio.

²³ Derecho que es manifiestamente relevante en relación con las víctimas de delitos de odio, y su vulnerabilidad, y que abarca, en las previsiones de la Recomendación (2023)2 del Consejo de Europa, entre otras medidas: 1. Se anima a los Estados miembros a garantizar que se disponga de medidas para proteger, en la medida de lo posible, a las víctimas y a sus familiares de la victimización secundaria y repetida, de la intimidación y las represalias y de las violaciones de su privacidad y dignidad. 2. Las medidas de protección disponibles para las víctimas deberían incluir, entre otras: a. medidas para evitar la victimización secundaria de las víctimas como resultado de su participación en procesos penales. En particular, el derecho de las víctimas a ser entrevistadas sin demoras injustificadas después de que se haya presentado la denuncia formal respecto de un delito penal ante la autoridad competente; el derecho a que se reduzca al mínimo el número de entrevistas a las víctimas; el derecho a ser entrevistado en compañía de un representante legal y/o de una persona de su elección, salvo decisión motivada en contrario; y es necesario garantizar el derecho a que los exámenes médicos se reduzcan al mínimo. En el caso de víctimas con necesidades de protección específicas, los Estados miembros también deben garantizar que las entrevistas con las víctimas se lleven a cabo en locales diseñados o adaptados para ese fin y que las entrevistas con las víctimas sean realizadas por o a través de profesionales capacitados para ese fin. Salvo que sea contrario a la buena administración de justicia, todas las entrevistas con víctimas con necesidades específicas de protección también serán realizadas por la misma persona y todas las entrevistas con víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en relaciones cercanas, a menos que sean realizadas por un fiscal o un juez, y siempre que no perjudique el desarrollo del proceso penal, sean realizadas por una persona de determinado sexo o género si la víctima ha manifestado preferencia al respecto. Durante los procedimientos judiciales, los Estados miembros deben contar con medidas para las víctimas con necesidades de protección específicas que ayuden a evitar el contacto visual entre las víctimas y los delincuentes durante la presentación de pruebas; que permitan a la víctima ser escuchada en la sala del tribunal sin estar presente; que eviten interrogatorios innecesarios sobre la vida privada de la víctima no relacionada con el delito penal; y que permitan que se lleve a cabo una audiencia sin la presencia del público. Es necesario considerar debidamente otras medidas para que las investigaciones penales y las audiencias judiciales sean más favorables a las víctimas; ... c. procedimientos establecidos en la legislación nacional para la protección física de las víctimas y sus familiares. Cuando sea pertinente, se debe asesorar a las víctimas sobre los riesgos de victimización repetida, intimidación y represalias y sobre los medios para reducir estos riesgos. Las víctimas también deberían recibir asistencia para implementar las medidas propuestas; d. medidas para proteger, de manera adecuada, la privacidad y la dignidad, incluidas las características personales, datos, imágenes o la difusión pública de otra información que pueda conducir a la identificación de víctimas vulnerables y sus familiares. Los Estados miembros deberían al menos animar a los medios de comunicación a adoptar medidas de autorregulación a este efecto.

4. EN RELACIÓN CON EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE DELITOS DE ODIOS EN EL PROCESO

Acreditar la comisión del hecho delictivo y determinar a sus responsables penales son los objetivos de las diligencias de investigación²⁴ más relevantes, así como posteriormente en sede de juicio oral, a través de la prueba, convencer al juzgador de la existencia de responsabilidad criminal y sus eventuales consecuencias civiles. La investigación del delito, en sede procesal, debe ser rigurosa y minuciosa, para averiguar, con todas las garantías y el respeto absoluto a los derechos fundamentales, si los hechos han existido, si son constitutivos de delito y quienes han sido sus autores y grados de participación, a efectos de dar sustento a una eventual, y posterior, acusación que nos conduzca a su enjuiciamiento. Incorporar a las diferentes fases del proceso penal el testimonio de la víctima es imprescindible, siempre y cuando estén plenamente identificadas en tal condición, más aún en delitos en que el componente de valoración subjetiva que precisan los delitos de odio y su reflejo en el sentir de la víctima (amenaza, discriminación, hostilidad) es determinante para la apreciación y concurrencia del delito. En algunos casos, incluso, puede ser el único elemento de referencia de que dispongan los órganos jurisdiccionales, tanto para fundamentar una investigación, y dar pie a una posterior acusación por las partes personadas, como para constituirse en sede de juicio oral en prueba de cargo. De ahí la necesidad imperiosa de que la víctima pueda prestar declaración, de la forma más detallada posible, desde el inicio del proceso penal, e incluso antes si se dispone de atestado²⁵ al efecto, describiendo todos los acaecimientos y acciones que han generado el hecho presuntamente delictivo.

²⁴ En este sentido, según la jurisprudencia del TEDH y en relación con la práctica por las autoridades de las actuaciones de investigación en incidentes violentos, tienen éstas la obligación de “adoptar todas las medidas razonables para descubrir si existe alguna motivación racista, y para establecer si los sentimientos de odio o de prejuicios basados en el origen étnico desempeñan algún papel en los sucesos. Ciertamente es, que a menudo es extremadamente difícil en la práctica, probar una motivación racista. La obligación que tiene el Estado demandado de investigar sobre posibles connotaciones racistas en un acto de violencia es una obligación de medios y no de resultado absoluto. Las autoridades deben tomar las medidas razonables, vistas las circunstancias, para recoger y conservar los elementos de prueba, estudiar el conjunto de los medios concretos para descubrir la verdad, y dictar decisiones plenamente justificadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos dudosos reveladores de un acto de violencia...”, STEDH de 24 de julio de 2012, Asunto B.S. vs. España.

²⁵ Según el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Instrucción núm. 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación”, *Boletín Oficial de la Guardia Civil*, núm. 1, de 7 de

En los delitos de odio, no solo las expresiones públicas amenazantes o discriminatorias nos aportan referencias para la comisión del hecho delictivo tipificado, sino que además de la palabra, el uso o exhibición de simbologías, pintadas, pancartas o dibujos, pueden señalar a determinados colectivos, sin descartar, evidentemente, el reconocimiento de los hechos por los propios autores. En otras situaciones, la base de la comisión de hechos tipificables en el delito de odio, no son tan evidentes. Nos referimos, por ejemplo, a determinadas agresiones a personas concretas o daños en sus bienes o propiedades, tumultos o riñas en lugares públicos tienen su origen en la animadversión hacia una persona o colectivo por sus condiciones o pertenencia a un grupo social.

Entonces cobra especial importancia, sobremanera en conductas delictivas de odio que puedan quedar más diluidas públicamente, la actitud de la víctima. En primer término, en cuanto a denunciar los hechos o formular querrela y con ello activar de una u otra manera un posterior proceso penal. E, incoado éste, aportar su testimonio personal, desde la incuestionable trascendencia de la transmisión de los conocimientos, consecuencias y circunstancias de comisión del hecho criminal por parte del sujeto pasivo del mismo. El supuesto de los delitos de odio plantea, en muchos casos, una serie de particularidades que reclaman un análisis de la situación y la valoración de las singularidades que concurren.

Abordaremos dos de ellas: la condición de víctima especialmente vulnerable de las víctimas de delitos de odio²⁶ y, en segundo lugar, la reper-

enero de 2015, Sección I, pp. 51 y ss., en la declaración de la víctima se hará hincapié, en lo que concierne al contenido del atestado policial, en los siguientes puntos:

- El relato de los hechos será cronológico, detallado, claro y preciso.
- La identificación detallada de las víctimas, responsables y testigos.
- Lugar de los hechos, consignando específicamente la proximidad a lugares de reunión, culto, eventos deportivos, etc.
- Fecha o fechas en que se produjeron.
- Motivos esgrimidos por el autor.
- Tipo de maltrato: físico, psicológico o moral con todo tipo de detalles.
- Medios utilizados.
- Hechos anteriores similares, aunque no hayan sido denunciados.
- Denuncias formuladas por hechos anteriores.
- Manifestaciones de víctimas y responsables. Se tendrán en cuenta los indicadores de polarización del odio.
- Testigos que puedan corroborar los hechos denunciados (familiares, amigos, vecinos, etc.).
- Partes facultativos dictados por personal sanitario.

²⁶ Yáñez García-Bernalt, I., "Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 8, 2023.

cusión que para la determinación (a efectos testificales) de las víctimas de delitos de odio tienen aquellos supuestos en que la victimización es colectiva o difusa, frente a aquellos otros delitos en que son perfectamente identificables y determinables de manera individual, por cuanto la frecuente concurrencia de este tipo penal en su versión de discurso del odio genera una afección supraindividual del bien jurídico afectado como es la seguridad del colectivo hacia quien se dirige la amenaza. No hay que descuidar, en este aspecto, que siendo ya general la exigencia de que la víctima participe en el proceso y sea oída, la reciente Recomendación del Consejo de Europa (2023)², en su art. 10, ofrece cobertura a garantizar que en el proceso penal la víctima de delitos de odio debe disponer de posibilidades procedimentales para ser escuchada —testimonio—, pero no sólo ello, sino de posibilidades efectivas para aportar otros elementos de prueba, sin que se limite su aportación en este sentido a la obligación de testificar durante la investigación o el juicio.

4.1. La condición de especialmente vulnerable y su repercusión en la declaración de la víctima de delitos de odio

Siendo la víctima el sujeto pasivo de un delito, las circunstancias personales pueden determinar un agravamiento de su situación derivándola hacia una inferioridad o indefensión debido a las especiales características del hecho cometido. Pueden concurrir, además, necesidades especiales de protección²⁷ tras una valoración de la amenaza, que en nuestro caso puede ubicarse como típica de las conductas descritas en el art. 510 CP. Vinculando esta idea con las previsiones del art. 23 de la Ley 4/2015 LEVD, indica este último texto legal, en el apartado 2.b) 7.º, que se valorarán especialmente las necesidades de protección, entre otras víctimas, de aquellas que lo sean de “delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad”.

La víctima especialmente vulnerable en casos de delitos de odio, y ante la amenaza que suponen los hechos delictivos del autor que promueven la hostilidad, la discriminación o la violencia contra ella, puede verse afectada por una revictimización cuando deba afrontar la deposición de testimonio ante los órganos jurisdiccionales con la eventual presencia del autor, o,

²⁷ Ibarra Blanco, E., “Intolerancia, discriminación, discurso y delito de odio: por la protección universal de la víctima”, *Cuadernos de análisis*, núm., 74, 2021, pp. 5-18.

cuando el hecho de poder revivir o suponer la concurrencia de las amenazas vertidas así como el temor a futuras represalias, persecuciones o estigmatizaciones a nivel personal o grupal, condicionando con ello la voluntad, libertad y serenidad que debe presidir su declaración. Ante la aparición de estas circunstancias, puede que la víctima llegue a optar por evitar la declaración, concluirla cuanto antes e, incluso, olvidar hechos y datos fundamentales de su testimonio, sin olvidar, en algunos casos, las posibles presiones que desde su entorno o desde el exterior pueda recibir ante su declaración. De este modo, la declaración de la víctima de delitos de odio, como víctima especialmente vulnerable, ha de rodearse de todas las garantías, tanto a nivel de protección y seguridad personal de la víctima como a nivel legal con la adopción de todas aquellas medidas previstas en la ley que puedan protegerla para garantizar una declaración que dote de credibilidad, verosimilitud y coherencia a su testimonio.

Podría ser de interés, en este sentido y de cara a dar efectividad a la declaración testifical de la víctima de delitos de odio, la elaboración de un Protocolo por parte del CGPJ y el Ministerio de Justicia, a modo de Guía de Buenas Prácticas, tal y como se ha realizado para otros grupos de víctimas especialmente vulnerables, y que sirva de marco de referencia para estos supuestos. Además, a efectos de evitar la victimización secundaria, podría valorarse la declaración en dependencias separadas y sin contacto con el autor del hecho delictivo e incluso la utilización de medios tecnológicos para llevar a cabo la declaración mediante videoconferencia, así como la protección de sus datos personales que eviten, fundamentalmente en supuestos de victimización colectiva, su identificación y/o localización.

4.2. La figura de la víctima subrogada o por representación legal

Como una línea de futuro desarrollo, en este ámbito y para propiciar que los órganos jurisdiccionales recaben el testimonio de víctimas de delitos de odio en los supuestos de victimización colectiva o difusa, planteamos la valoración, idoneidad y viabilidad de recurrir a una figura de nuevo cuño, ciertamente no contemplada legalmente, que podríamos denominar como “víctima por representación grupal” o “víctima subrogada²⁸”. Con esta propuesta se trata de ampliar el horizonte en relación con las declaraciones de las víctimas en el proceso, en los supuestos señalados anteriormente, im-

²⁸ El *Diccionario de la Lengua Española* de la RAE define la palabra subrogar como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”.

plicando la declaración de una, o alguna, de aquellas personas que puedan acreditar, por las circunstancias del hecho delictivo tipificado como delito de odio, la condición de sujeto pasivo del mismo por pertenencia al grupo respecto del cual se vierten las amenazas o proclama la hostilidad, persecución o discriminación. Siendo esta la idea que sugerimos, inmediatamente hemos de indicar una serie de incógnitas de cara a su correcta y adecuada conducción procedimental en el marco de la investigación y enjuiciamiento judicial de un delito de odio: ¿quién determina a la/s víctima/s que van a intervenir por representación o subrogación del grupo?, ¿cuál debe ser el número mínimo o máximo de víctimas de estas características que podrían/deberían intervenir?, ¿sería idóneo habilitar una especie de llamamiento público desde los órganos jurisdiccionales para poder contar con el testimonio de aquellas víctimas que así lo deseen? y, finalmente ¿debería contenerse una previsión legal al respecto?

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas en el párrafo anterior, entendemos que debería ser mediante decisión jurisdiccional como se produzca la determinación de las concretas víctimas que van a declarar en tal condición, debiendo motivar el titular del órgano jurisdiccional los argumentos y razones de la elección de esas concretas víctimas que sean llamadas a declarar o testificar. Respecto del número de víctimas que puedan declarar o testificar, entendemos que no es predeterminable de antemano, quedando de nuevo a discreción jurisdiccional su concreción, de forma directamente relacionada a que con el concreto número de testimonios efectuados pueda obtener el juez o jueza que conoce del asunto la suficiente convicción en relación con los hechos a esclarecer. A la tercera cuestión, la respuesta es más compleja por cuanto habría que habilitar por un lado mecanismos de “llamamiento público” desde los órganos jurisdiccionales y posteriormente filtrar la concurrencia y declaración de aquellas víctimas que como consecuencia de este comparezcan en las actuaciones, además de valorar, en conexión con la cuestión anteriormente abordada, el número de víctimas cuyo testimonio pueda precisar el órgano jurisdiccional. La respuesta a la última cuestión ha de ser afirmativa, e incluso, no solo para los supuestos de victimización difusa en delitos de odio sino, por extensión analógica, para todos aquellos que pueden dar lugar a una pluralidad de víctimas indeterminadas o indeterminables.

IV. LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS PROCESOS POR DELITOS DE OUDIO: LA RELEVANCIA DE LOS DENOMINADOS “FACTORES O INDICADORES DE POLARIZACIÓN”

La eventual condena en cualquier proceso penal ha de venir sustentada sobre la base de un acervo probatorio suficiente y adecuado, además de legal, que pueda enervar el derecho a la presunción de inocencia del encausado, así como el principio *in dubio pro reo*. Ocurre, sin embargo, y los procesos por delito de odio no son excepción, que no siempre se dispone de elementos de prueba directa (testifical, documental, pericial, etc.) que puedan acreditar la concurrencia del delito y la autoría de los sujetos encausados. El órgano jurisdiccional que asume la competencia de enjuiciar delitos de odio se enfrenta a la dificultad de contrastar la existencia de intención y motivación²⁹ del delito de odio y de que la prueba aportada —si la hubiera— sea idónea y suficiente para ello. Aun así, hay otro elemento probatorio de apoyo, viable, al que puede recurrir el juzgador como son los indicios³⁰ de comisión del hecho delictivo, opción a la cual ha dado plena carta de naturaleza procesal la jurisprudencia del Tribunal Supremo³¹, acep-

²⁹ Bueno de Mata, F., “La prueba de la intención y la motivación del odio en redes sociales a través de parámetros indiciarios”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIII, núm. 286, 2023, pp. 491-517, DOI: <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.286.86511>

³⁰ Magro Servet, V., “Contraindicio versus prueba indiciaria en el proceso penal”, *Revista La Ley Penal; revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 145, 2020.

³¹ STS, Sala Segunda, núm. 532/2019, de 4 de noviembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3504. Se extraen de dicha jurisprudencia, en primer lugar, una serie de elementos para la valoración y aplicación de la prueba indiciaria, como son: 1) Una afirmación base o indicio. La cita o mención de cuál es el hecho 2) Una afirmación consecuencia. La referencia en la sentencia de lo que se deduce de él. 3) Un enlace lógico y racional entre el primero y el segundo de los elementos que lleva a la condena por la suma de los indicios plurales.

Además, dicha sentencia establece una serie de requisitos para su utilización: 1) Que exista una pluralidad de indicios. No puede precisarse, de antemano y en abstracto, su número. 2) Que esta pluralidad de indicios esté demostrada mediante prueba directa. 3) Que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, 4) Que el órgano judicial motive en su Sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto, 5) En este proceso deductivo se aplican las máximas de experiencia, que se trata de “reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos”, 6) La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que está es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria. 7) Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena. En otros términos, se trata del “Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios”. 8) Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso de inferencia llevado a cabo, y por consiguiente resulta imposible saber si el razonamiento es “arbitrario, absurdo o irracional”. 9) La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace

tando la valoración de la prueba existente de contenido indiciario contundente (como prueba de cargo³²), en ausencia de prueba directa, y fijando una serie de reglas para considerarla como suficiente para dictar una sentencia condenatoria.

De este modo en el ámbito de los procesos penales por delitos de odio se ha configurado como elemento indiciario, o indicios, los denominados “indicadores o factores de polarización”, generalmente como conjunto de indicios recopilados a consecuencia de la presunta comisión de un delito de odio —por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad e incorporados al pertinente

lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia. 10) Cuando el Tribunal “suma” los indicios en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, «certeza subjetiva», que lleva a la «convicción judicial». 11) La autoría que determina una condena no es “la mejor explicación posible a lo ocurrido”. No es una sentencia de “sospechas”, sino de convicciones respecto a que la suma de indicios determina y lleva al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado. 12) Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. 13) El proceso deductivo que debe llevar a cabo el Tribunal ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica. 14) La inducción o inferencia es necesario que sea razonable. 15) Los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos. 16) Tanto esta Sala del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional pueden y deben controlar la razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia condenatoria basada en la prueba de indicios o prueba indirecta. 17) Puede efectuarse el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria. 18) Puede hablarse, así, de dos tipos de irracionalidad distintos que merecen tratamiento separado. a) La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo. b) La falta de conclusividad. Solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada”. 19) La conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada. 20) Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una “probabilidad prevaleciente» con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo”.

³² Avalada desde el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos como puede ser, a título de ejemplo, la STC 15/2014, de 30 de enero, que señala como requisitos imprescindibles para otorgar valor de prueba de cargo a la prueba indiciaria: a) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados: – hecho o indicios plurales, pues su propia naturaleza periférica les priva de idoneidad para fundar por sí mismos la convicción judicial, – excepcionalmente se admite el indicio único cuando tenga singular potencia acreditativa o un significado especialmente relevante, b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados, c) para comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano jurisdiccional exteriorice los hechos que están acreditados (indicios) y explique el razonamiento lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, d) el razonamiento ha de estar asentado en reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.

atestado—, ofreciendo con ello una pluralidad de elementos que aportan indicios racionales de criminalidad que permiten sustentar una acusación y, posteriormente, una hipotética condena, desde los cuales se infiere por el juzgado la existencia de una motivación amenazadora que encaja en los elementos configuradores del tipo penal del art. 510 CP por parte de quien públicamente fomenta el odio, la hostilidad o la discriminación contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél o bien quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos o por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad.

En el concreto ámbito de los delitos de odio, podemos acudir, en primer lugar, a los factores de polarización³³ que ha señalado la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa³⁴ (OSCE-ODIHR):

- a) la pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritario (étnico, racial, religioso, discapacidad, identidad u orientación sexual)
- b) la percepción de la víctima en cuanto apreciación por esta de que el motivo del delito puede ser racista o xenófobo
- c) discriminación por asociación, producida en los casos en que la víctima no pertenece al grupo respecto del cual se produce la amenaza o discriminación, pero si es una persona vinculada con dicho colectivo —como defensor de sus derechos, por ejemplo—, o se halle asistiendo o acompañando a alguna de las víctimas típicas de delitos de odio, es decir, se trata de una víctima que ostenta dicha condición por su relación con el grupo o colectivo vulnerable
- d) signos vinculados al autor del hecho delictivo, como pueden ser tatuajes, ropa (que portan simbología expresa y relacionada con el delito de odio, y que acreditan el perfil del autor), propaganda, ban-

³³ Corroborados y validados por la Sentencia del TEDH de 20 de octubre de 2015, asunto Balázs vs. Hungría, donde advierte que puede constituir un error en la investigación de delitos de odio el rechazo o fracaso en la identificación de actos punibles por esta circunstancia cuando no se dispone de criterios para evaluar si se trata de un delito de odio, o no, señalando que determinados indicadores de criminalidad son totalmente objetivos y esclarecedores en estas situaciones.

³⁴ *Prosecuting Hate Crimes. A practical Guide*. <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide> (última fecha de consulta: 26 de octubre de 2023).

- deras, pancartas, estandartes (de carácter extremista), expresiones o comentarios racistas o xenófobos del autor
- e) antecedentes policiales del investigado/encausado en situaciones previas, debidamente acreditadas, por haber participado o colaborado en hechos similares (incluyendo la asistencia a determinados actos públicos o multitudinarios como conciertos, conferencias, reuniones, manifestaciones, actos vandálicos) caracterizados por ser una expresión de amenaza u hostilidad contra un grupo o colectivo vulnerable, o la propia pertenencia a grupos ultras ya identificados
 - f) lugar de comisión del hecho delictivo, que esté directamente vinculado con la idiosincrasia o prácticas del grupo amenazado o discriminado (lugares de culto religioso, locales de celebración o reunión)

En segundo lugar, es particularmente interesante, ya a nivel nacional, acudir a la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, de forma particularmente especial en relación a la determinación del tipo subjetivo, al estar configurados como delitos dolosos, en los cuales, tal y como especifica la propia Circular³⁵, “no se exige un ánimo específico, sino que basta con el dolo genérico, consistente en conocer los elementos del tipo penal y actuar conforme a esta comprensión”. En cualquier caso, valorar la concurrencia de un sentimiento de desprecio, hostilidad o discriminación, de carácter personal e íntimo, como el que conduce al sujeto activo a la comisión del delito de odio, puede desembocar en la necesaria utilización de un juicio de inferencia a través de prueba indiciaria³⁶. Las diferentes manifestaciones de odio que tipifica el art. 510 CP, y que suponen el motivo de comisión del delito, tienen una fuerte carga motivacional, para cuya constatación queda avalada la deducción indiciaria.

En este sentido, el apartado 2.6 (Criterios generales para valorar la existencia de un móvil de odio) de la Circular 7/2019 de la FGE, ofrece y expone de forma sistematizada algunos parámetros o indicadores generales que, en la práctica, permitan a los integrantes del MF valorar la concurrencia o

³⁵ STS núm. 72/2018, de 9 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:396, indica que este tipo de delito “no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas”, considerando que el dolo en este tipo de delitos “se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto”.

³⁶ La precitada STS 72/2018, especifica algunos de los elementos y parámetros que pueden ayudar a identificar la comisión de un delito de odio (el caso de autos se trataba de expresiones vertidas en la red social Twitter en fechas diferentes y con carácter agresivo) sobre la base de que dicho dolo se contrastaba al no tratarse de una “situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar”.

no de un delito de odio, independientemente de la modalidad y forma de comisión de este, y que toman como base los anteriormente expuestos y que elaboró, en su momento, la OSCE-ODIHR. Si se produce la comprobación de la concurrencia de uno o varios de los indicadores expuestos en la Circular, parecería, entonces, sugerirse, la existencia de un móvil de odio o discriminación que precisará, en todo caso, de una investigación que lo confirme o descarte. Para ello, los indicadores de odio (o de “polarización radical”) son agrupados en la Circular en tres grandes categorías: víctima, autor y contexto.

La primera de las categorías que la Circular 7/2019 FGE establece para la determinación de posibles indicadores de odio, se vincula a la víctima de la infracción, cuyo testimonio se considera siempre relevante y eje central desde el cual orientar toda la actividad de investigación, considerando como factores: la percepción que la propia víctima pueda expresar sobre el origen del odio o motivo de conducta, su pertenencia a un colectivo de los descritos en el tipo penal o a las asociaciones que tengan por objeto el apoyo o solidaridad con estos colectivos y las relaciones personales, familiares, laborales o de amistad con personas relacionadas con esos colectivos.

Respecto al autor de los hechos, la Circular 7/2019 FGE, prevé que ciertas circunstancias o características que “rodean a la persona denunciada o presunta autora del hecho pueden ofrecer datos indicativos de la existencia de un móvil de odio o discriminación en la conducta realizada”, destacando para su ponderación los siguientes: antecedentes penales o policiales por conductas similares, el análisis de sus comunicaciones en las redes sociales anteriores y posteriores a los hechos, así como su número de seguidores —que puede hacerse sin necesidad de autorización judicial si la cuenta en la red social es abierta o pública—, las frases o gestos que haya podido expresar en el momento de cometer los hechos, su integración en grupos³⁷ caracterizados por el odio o por la promoción de la violencia contra determinados colectivos o ideas (grupos ultras, colectivos antisistema, bandas, etc.), instrumentos utilizados o que se porten (banderas, bufandas, pancartas) asociadas a alguno de esos grupos.

Finalmente, el tercer elemento de polarización radical que señala la Circular FGE que analizamos en el presente apartado, se centra en la valoración del contexto en el que se haya desarrollado la acción ilícita, donde la

³⁷ La Circular 7/2019 FGE ofrece, a estos efectos de pertenencia al colectivo, grupo o banda, cuando no sea expresamente reconocida, la valoración, siempre dentro de una adecuada ponderación, de elementos externos que porte el sujeto (tatuajes, vestuario, símbolos) que en el uso social se identifiquen con esos grupos.

casuística es más variable, pero que si puede ofrecer una serie de criterios relevantes para orientar la investigación, al menos inicialmente. Son las referencias al análisis de: la aparente irracionalidad, falta de justificación o gratuidad de los actos, la ausencia de relación previa entre agresor y agredido, la presencia de una relación de enemistad manifiesta o histórica entre los colectivos a los que pertenecen, la fecha o el lugar de los hechos —que sea simbólica para un colectivo, como puede ser una conmemoración o un lugar de culto—.

La concurrencia de los precitados indicios puede fundamentar que el Ministerio Fiscal, desarrolle pesquisas preprocesales —al hilo de la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la actividad penal— con relación a unos hechos concretos y que puedan servir como fundamento a una posterior querrela, así como para fundamentar posteriormente la acusación en el juicio oral. Bien es cierto que, en el primer caso, tal y como impone la LECrim (art. 773.2), inmediatamente que constaten la existencia de indicios racionales de criminalidad, como consecuencia de la verificación de los factores de polarización expuestos, y que justifiquen el ejercicio de acciones penales, debe cesar en el curso de las diligencias de investigación preprocesal, dándolas por concluidas. La referencia exacta e invariable es a indicios³⁸, nunca a sospechas, por cuanto, como aclara la propia Circular 2/2022 FGE, “las primeras, como las creencias o conjeturas, son meras inferencias subjetivas, mientras que los segundos se apoyan en datos objetivos que proporcionan una base empírica de la que puede inferirse que se ha cometido un delito, accesibles a terceros y, en consecuencia, susceptibles de control”.

En conclusión, los indicadores o factores de polarización son instrumentos indiciarios que, debidamente acreditados e interconectados, pueden servir para acreditar la comisión de un delito de odio ante la ausencia de pruebas directas, o, pueden tener virtualidad para dar inicio a una investigación preprocesal —de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o del Ministerio

³⁸ STS núm. 343/2015, de 9 de junio, ECLI:ES:TS:2015:2578, “deba entenderse por indicio... que la sospecha acerca de la comisión del delito o de la participación del sospechoso no puede ser considerada un indicio, por más contundente que sea su expresión, ni tampoco, consecuentemente, puede serlo la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad. Por el contrario, lo que se exige es algo, datos o elementos, que justifiquen la sospecha. Y ha exigido que se trate de datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del juez en el momento previo a su decisión, de modo que este los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro tribunal”.

Fiscal— que conlleve un posterior ejercicio de acciones penales ante los órganos jurisdiccionales, así, como, en sede de juicio oral, corroborar la convicción que genere en el juzgador, en caso de disponibilidad, los resultados de la práctica de pruebas directas, como puede ser, entre otras, el propio testimonio de la víctima del delito de odio. No olvidemos que la represión de los delitos de odio y su erradicación descansa, en buena medida, en la responsabilidad de las autoridades³⁹ con atribuciones en la investigación de los delitos de odio y la efectividad de sus actuaciones procesales ejercitando las acciones judiciales que correspondan.

V. CONCLUSIONES

Primera: la víctima de delitos de odio ha de ser considerada una víctima especialmente vulnerable en atención a las circunstancias concurrentes en la tipificación del hecho delictivo y en la condición personal de riesgo⁴⁰, amenaza y hostilidad que se ha generado hacia su persona.

Segunda: deben habilitarse opciones legales expresas que permitan el ejercicio de la acción penal en delitos de odio que generen victimización colectiva o difusa, pudiendo abrirse camino, de momento y en este sentido, mediante la integración supletoria de las previsiones del art. 11 bis LEC en relación con los supuestos de discriminación por no respetar el derecho de igualdad de trato, para la concesión y reconocimiento de legitimación a la figura de la acusación popular en esta tipo de delitos y circunstancias.

Tercera: la declaración testifical de la víctima de delitos de odio puede presentar singularidades en los casos de victimizaciones colectivas y difusas, que no debieran ser obstáculo para incorporar la declaración de estas a través de una serie de previsiones normativas y de resoluciones de los órganos jurisdiccionales que habiliten contar con este importante elemento para la investigación del hecho delictivo y como prueba en el juicio oral. Se recomienda, a tal fin, la elaboración de un Protocolo o Guía de Buenas

³⁹ SSTEDH de 14 de enero de 2020, Asunto Beizaras y Levickas vs. Lituania y de 28 de marzo de 2017, Asunto Škorjanec vs. Croacia.

⁴⁰ STS 185/2019, de 2 de abril, ECLI:ES:TS:2019:1070, señalando que “Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorpore una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación... El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad”.

Prácticas judiciales que contenga previsiones específicas para el desarrollo de las declaraciones de las víctimas de delitos de odio.

Cuarta: desde una visión más amplia, sería recomendable que, para hacer más eficiente y adaptado a la realidad social contemporánea el proceso penal, en una reforma procesal penal futura se acometa la consideración legal de las declaraciones testimoniales masivas o colectivas en supuestos de pluralidad de víctimas mediante posibles soluciones como puede ser, entre otras, la propuesta que realizamos para la catalogación legal y normativa de la figura de la “víctima por representación grupal o subrogada”.

Quinta: la prueba indiciaria es un recurso probatorio asumible en los procesos penales por delito de odio cuando no se cuenta con medios de prueba directos que puedan acreditar la comisión y autoría del hecho delictivo. En este sentido, la utilización de los denominados indicadores o factores de polarización puede considerarse un instrumento idóneo, siempre y cuando consten debidamente acreditados e interconectados, para acreditar la comisión de un delito de odio ante la ausencia de pruebas directas y sustentar una eventual condena. Incluso, sería factible que, para la interpretación de los mismos, particularmente en los casos de delitos de odio o de discurso del odio en internet y redes sociales, se puedan identificar dichos indicadores mediante sistemas de inteligencia artificial⁴¹.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUENO DE MATA, F., *Investigación y prueba de delitos de odio en redes sociales: técnicas OSINT e inteligencia policial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

BUENO DE MATA, F., “Delitos de odio y redes sociales: retos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 10180, 2022.

BUENO DE MATA, F., “Particularidades probatorias del discurso de odio en internet: identificación de indicadores de polarización radical mediante sistemas algorítmicos”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 39, 2023, <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i39.416359>.

BUENO DE MATA, F., “La prueba de la intención y la motivación del odio en redes sociales a través de parámetros indiciarios”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIII, núm. 286, 2023, pp. 491-517, DOI: <https://doi.org/10.22201/lder.24488933e.2023.286.86511>.

⁴¹ Bueno de Mata, F., “Particularidades probatorias del discurso de odio en internet: identificación de indicadores de polarización radical mediante sistemas algorítmicos”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 39, 2023, <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i39.416359>

- BUJOSA VADELL, L., “Víctima colectiva y postconflicto”, *Revista italo-española de Derecho Procesal*, núm., 1, 2018, pp. 89-108.
- CARRERAS PRESENCIO, A.I., “Concepto supranacional del delito cibernético de odio”, *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 145, 2020.
- CHAKRABOTI N., GARLAND, J., “Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and difference”, *Theoretical Criminology*, 16 (4), 2012, pp. 499-514.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio”, *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Laurenzo Copello, P., Daunis Rodríguez, A. (coords.), Comares, Granada, 2021, pp. 285-313.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2013.
- FERREIRO BAAMONDE, X., “¿Hacia donde camina la acción popular?”, *Revista de derecho proceso penal*, núm., 28, 2012, pp. 57-90.
- FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm., 19, 2017.
- GARLAND, J., “Difficulties in defining hate crime victimization», *International Review of Victimology*, 18 (1), 2011, pp. 25-37.
- GASCÓN CUENCA, A., “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”, *Odio, Prejuicios y Derechos humano*, Laurenzo Copello, P; Daunis Rodríguez, A. (coord.), Comares, Granada, 2021, pp. 159-188.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981.
- GÓMEZ BELLVÍS, A. B., “Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain. Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship”, *Spanish Journal of Legislative Studies*, núm. 1, 2019.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 411-449.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., y ARIZA COLMENAREJO, M.J., “Avances y retos en materia de legitimación”, *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 341-365.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, C., “La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación: aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.
- IBARRA BLANCO, E., “Intolerancia, discriminación, discurso y delito de odio: por la protección universal de la víctima”, *Cuadernos de análisis*, núm., 74, 2021, pp. 5-18.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata. (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 201, pp. 297-346.

- MAGRO SERVET, V., “Contraindicio versus prueba indiciaria en el proceso penal”, *Revista La Ley Penal; revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 145, 2020.
- MASON, G., “The symbolic purpose of hate crime law: Ideal victims and emotion”, *Theoretical Criminology*, 18 (1), 2014, pp. 75-92.
- MIGUEL SÁEZ, L., “La proyección e incidencia de la justicia restaurativa en la prevención de los delitos de odio”, *Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en condición de vulnerabilidad*, Torres Fernández, C.; Jerez Rivero, W.; De La Serna Tuya, J.M.; García Vidal, M. (Eds.), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 97-119.
- MIRÓ LLINARES, F., *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Barcelona, 2018.
- MONTERDE FERRER, F., “Delito de odio. ¿existe?”, *Diario La Ley*, núm. 9951, 2021.
- MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PARDEZA NIETO, M.D., “Análisis del delito de odio”, *Diario La Ley*, núm. 10216, 2023.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos de odio en las redes sociales”, *IDP: Revista de internet, Derecho y Política*, vol. 27, 2018, pp.17-29.
- VALIÑO CES, A., “El ejercicio de la acción penal y las particularidades en la acusación popular”, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, V. Moreno Catena (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 89-109.
- YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT, I., “Reflexiones sobre los delitos de odio y las víctimas especialmente vulnerables”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 8, 2023.
- VV.AA., *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Aguilar García, M.A. (dir.), Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya), 2015.
- VV.AA., *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VV.AA., *El odio como motivación criminal*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2022.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES

Critical analysis of the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse

JUAN ALEJANDRO MONTORO SÁNCHEZ

Profesor Ayudante Doctor. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
jamonsan@upo.es

SUMARIO: I. EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA: UN FENÓMENO CRECIENTE QUE REQUIERE DE NUEVAS ACCIONES. II. LOS ASPECTOS GENERALES DEL REGLAMENTO PARA LA LUCHA CONTRA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA. 1. El ámbito subjetivo del Reglamento: los proveedores de servicios obligados a la adopción de medidas. 2. El ámbito objetivo del Reglamento: las conductas perseguidas. 3. El entramado orgánico: el Centro de la UE sobre Abuso Sexual de Menores y las autoridades nacionales de coordinación. IV. LAS OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DIGITALES PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA. 1. La evaluación del riesgo de uso de los servicios para el abuso sexual de menores en línea. 2. La adopción de medidas para la mitigación del riesgo. 3. La obligación de información sobre el riesgo detectado y las medidas implantadas. 4. Obligaciones específicas de las tiendas de programas de aplicación. 5. La orden de detección de material de abuso sexual de menores en línea. A) Presupuestos para la adopción de la orden de detección. B) Tramitación de la orden de detección. C) Las tecnologías empleadas para la ejecución de una orden de detección. 6. La obligación de denuncia de localización de material de abuso sexual. 7. La orden de eliminación de material de abuso sexual. 8. La orden de bloqueo de acceso a contenidos. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA Y OTROS MATERIALES.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis crítico de la propuesta de Reglamento de la Unión Europea para la lucha contra el abuso sexual de menores en línea, y particularmente de las diferentes obligaciones que impone a los

prestadores de servicios electrónicos para la prevención y represión de la difusión de contenido sexual y el embaucamiento de menores.

Palabras Clave: abuso sexual de menores en línea; embaucamiento de menores; orden de detección; servicios de comunicaciones electrónicas; protección de datos de carácter personal.

Abstract: The purpose of this paper is to critically analyse the proposed EU Regulation on combating child sexual abuse online, and in particular the various obligations it imposes on electronic service providers to prevent and prosecute the distribution of sexual content and grooming.

Keywords: online child sexual abuse; grooming; detection order; electronic communications services; data protection right.

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|--|
| NCMEC | National Center for Missing and Exploited Children |
| Centro de la UE | Centro de la UE sobre Abuso Sexual de Menores |
| PYMES | Pequeñas y medianas empresas |
| SEPD | Supervisor Europeo de Protección de Datos |
| CEPD | Comité Europeo de Protección de Datos |

I. EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA: UN FENÓMENO CRECIENTE QUE REQUIERE DE NUEVAS ACCIONES

Desde que comenzó la pandemia en el mes de marzo de 2019, se ha venido produciendo un preocupante incremento, cuanto menos de la detección, de las conductas de abuso sexual sobre menores de edad, y especialmente, de aquellas que se cometen por vía electrónica, bien a través de las principales plataformas y los servicios digitales más usuales, bien a través de canales ocultos. Basta señalar algunas cifras para hacerse una idea de la magnitud que ha alcanzado este execrable fenómeno, gracias en parte, a las indudables ventajas de toda índole que la red proporciona a los delincuentes sexuales¹. Según concluye Europol en un informe publicado en el mes de junio del año 2020, únicamente durante los dos primeros meses de la pandemia, el intercambio de material pedófilo y los delitos de *grooming online* aumentaron en la Unión Europea en una cifra superior al 25% respec-

¹ Al respecto pueden consultarse los trabajos de LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Ciber violencia de género y menores”, en PILLADO GONZÁLEZ, Esther, (dir.), *La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, Madrid, Dykinson, 2021 pp. 285.

to a las cifras prepandémicas². Sólo en España, se pasaron de recibir unas 2000 denuncias de posibles casos en el mes de abril de 2019, a cerca de 39000 en el mismo mes de 2020. A nivel global, los datos también reflejan esta realidad. El Centro Nacional de Niños Desaparecidos y Explotados de los Estados Unidos (NCMEC), organización que centraliza a nivel mundial las denuncias planteadas por los principales proveedores de servicios electrónicos³, recibió durante el año 2020 más de 21 millones de denuncias de potenciales actividades de explotación sexual de menores en línea, mientras que en el ejercicio 2022, la cifra de denuncias ascendió hasta aproximarse a los 32 millones⁴. Aunque como afirma FIODOROVA, este dato muy probablemente sólo refleja la punta del iceberg de la realidad, puesto que la detección y denuncia de estos delitos es muy difícil, justamente debido a su traslado al mundo virtual⁵.

La lucha contra el abuso y la explotación sexual de los niños en todas sus manifestaciones ha sido una prioridad de primer orden para la Unión Europea, y de hecho, desde principios del presente siglo, se han adoptado sucesivos instrumentos destinados, directamente o indirectamente, a la

² En los primeros meses de la crisis del COVID-19, Europol llevó a cabo el análisis de diversos indicadores para evaluar la situación de los abusos sexuales a menores en línea durante la pandemia, y aunque en el informe se indica que porcentaje reflejado es meramente estimativo, la institución concluye sin lugar a dudas que durante dicho periodo se alcanzaron máximos históricos en el acceso e intercambio de material pedófilo a través de la web, la darkweb y las redes P2P. Vid. EUROPOL: “*Exploiting Isolation: Offenders and victims of online child sexual abuse during the COVID-19 pandemic*”. Disponible en https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/europol_covid_report-cse_jun2020v.3_0.pdf (última consulta 14 de octubre de 2023). Igualmente, es preocupante la estimación ofrecida por el Consejo de Europa según la cual, en Europa, uno de cada cinco niños ha sido víctima de alguna forma de violencia, incluida la sexual. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/children/underwear-rule>. (última consulta 14 de octubre de 2023).

³ La legislación estadounidense exige a las empresas prestadoras de servicios electrónicos radicadas en dicho país, que son las más utilizadas por la población, denunciar ante el NCMEC todo caso de abuso sexual de menores que encuentren en sus redes, para con posterioridad, ésta remitir las oportunas denuncias ante las autoridades públicas competentes. Como las mayores empresas de internet tienen su sede en los Estados Unidos, el NCMEC centraliza a efectos prácticos las denuncias por abuso sexual de menores a escala mundial.

⁴ Datos reflejados en el informe elaborado por el NCMEC, “*CyberTipline Reports by Electronic Service Providers*”. Disponible en <https://www.missingkids.org/content/dam/missingkids/pdfs/2022-reports-by-esp.pdf>. (última consulta 14 de octubre de 2023). En el ámbito de la Unión Europea el crecimiento de este fenómeno también ha sido exponencial en la última década, pasando de un total de 23000 denuncias en el año 2010, a más de 725000 en 2019, tal y como se refleja en el informe de Internet Watch Foundation: “*Annual Reports of 2019*”. Disponible en <https://www.yumpu.com/en/document/read/63240486/iwf-annual-report-2019> (última consulta 14 de octubre de 2023).

⁵ Vid. FIODOROVA, A., “La lucha contra abusos de menores en línea: hacia una nueva regulación” en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1 Extra, 2023, p. 454.

consecución de tal objetivo⁶. Por su importancia y alcance debe destacarse a la Directiva 2011/93/UE⁷, norma de mínimos que pretendió aproximar la legislación penal y procesal de los Estados miembros con el claro objetivo de conseguir un marco homogéneo que permitiera mejorar la prevención y la lucha efectiva contra esta lacra. A tal fin, se tipificaron las conductas más graves de explotación sexual de los niños y se garantizó a las víctimas la prestación de una asistencia adecuada.

No obstante, a pesar de los importantes progresos conseguidos gracias a los diversos y heterogéneos mecanismos legislativos adoptados tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros⁸, se ha advertido, entre otros, gracias a la luz de los datos expuestos inicialmente, que los mismos no resultan todo lo eficaces como se requiere para enfrentar, no ya a las tradicionales formas de abuso sexual, sino particularmente a los nuevos y preocupantes desafíos que han surgido en el presente contexto social y tecnológico en el que nos hallamos inmersos. Consciente de la preocupante situación generada para con los derechos de los niños, la Comisión Europea adoptó en julio de 2020 la denominada Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores⁹, en la que se fijaron una multiplicidad de objetivos considerados imprescindibles para lograr una respuesta firme, exhaustiva y más eficaz para luchar contra dicha realidad.

La Comunicación estableció ocho iniciativas orientadas, en líneas generales, a elaborar un marco jurídico apropiado que permitiera responder efectivamente a los nuevos desafíos y que supliera las lagunas del actualmente vigente; a fortalecer la respuesta, la cooperación y los instrumentos

⁶ Véase al respecto el trabajo de FIODOROVA, en el que realiza un completo y excepcional análisis de los distintos instrumentos europeos adoptados con este objetivo. Vid. FIODOROVA, A., “La lucha contra abusos de menores en línea: hacía una nueva regulación”, *op. cit.*, pp. 456-461.

⁷ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

⁸ En paralelo a la actividad de la Unión Europea, ciertos Estados miembros han adoptado medidas internas en la lucha contra el abuso sexual de menores en línea, lo que ha provocado una disparidad significativa en la protección de menores y a una desigualdad en la protección de sus intereses. Vid. FIODOROVA, A., “La lucha contra abusos de menores en línea: hacía una nueva regulación”, *op. cit.*, p. 460.

⁹ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores”, de 24 de julio de 2020. Además, del anterior documento, otros instrumentos estratégicos de la Comisión Europea abordaron con posterioridad tangencialmente dicha problemática, concretamente la “Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño de 24 de marzo de 2021 y Una década digital para los niños y los jóvenes: la nueva estrategia europea para una internet mejor para los niños (BIK+)”, de 11 de mayo de 2022.

a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad y demás autoridades encargadas de la prevención, investigación y persecución de dichos delitos; y finalmente, la implantación de un centro europeo de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores que permita la coordinación de los Estados en esta misión y la prestación de una asistencia adecuada a las víctimas.

Entre las medidas más prioritarias a adoptar, la Comisión Europea propuso un paquete legislativo integrado por dos importantes instrumentos a adoptar en dos fases sucesivas. En una primera fase, una norma provisional y de urgente implantación para legitimar a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas la adopción de prácticas voluntarias de detección de conductas de abuso sexual de menores en línea¹⁰. Mandato que cristalizó con la aprobación del Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021, todavía en vigor, aunque con fecha próxima de caducidad, ya que su periodo de vigencia se estableció por un periodo de tres años con la intención de aprobar en el interín el segundo de los instrumentos planeados¹¹.

En una segunda fase, un instrumento integral, de objeto más amplio, que contemplara todo un sistema de obligaciones para los proveedores de servicios en línea con el objeto de detectar y denunciar a las autoridades públicas las posibles conductas de abuso sexual acontecidas en sus plataformas o servicios. La proposición de la segunda iniciativa legislativa, que fue bautizada por la Comisión como Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, vio la luz el pasado 11 de mayo de 2022, encontrándose en la actualidad en fase de primera lectura y previéndose que el Parlamento Europeo se pronuncie con anterioridad al fin del presente ejercicio.

El texto provisional, que presenta un altísimo nivel de complejidad, se integra por 89 artículos y 8 formularios anexos, encontrando su base jurídica

¹⁰ Ciertos proveedores ya venían haciendo uso de tales herramientas de forma voluntaria de forma efectiva, sin embargo, con la aprobación del Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se estableció el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, se suprimió la base jurídica que les permitía hacer un uso lícito de tales medidas con plenas garantías jurídicas, ante la más que patente interferencia en los derechos fundamentales asociados a la privacidad que se deriva de la utilización de tales tecnologías. *Vid.* FIODOROVA, A., *op. cit.*, pp. 459-460.

¹¹ Véase al respecto MONTORO SÁNCHEZ, J. A., “El reglamento (UE) 2021/1232 “Chat Control”: un controvertido instrumento para la lucha contra el abuso sexual de menores en línea” en MARTIN PASTOR, J. y JUAN SÁNCHEZ, R. (Dirs.), *El Derecho procesal: entre la Academia y el Foro*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 659-672.

en el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al idearse con la misión de garantizar el funcionamiento del mercado interior¹². La propuesta consta de dos pilares esenciales para abordar de forma integral el fenómeno de los abusos sexuales en línea. En primer lugar, impondría a ciertos prestadores de servicios electrónicos obligaciones relativas a la detección, denuncia, eliminación y bloqueo del abuso sexual de menores en línea. En segundo lugar, prevé la creación de una agencia descentralizada, el Centro de la UE sobre Abuso Sexual de Menores, que junto a otra serie de autoridades de coordinación nacionales se encargarían de velar y colaborar en la aplicación efectiva de la norma. A continuación se analizará en primer lugar, muy brevemente, los ámbitos subjetivo y objetivo del Reglamento, para posteriormente detenernos en el examen del entramado de autoridades que proyecta y las principales líneas definitorias de cada uno de los mecanismos que se configuran y que se erigen como los elementos nucleares del sistema de protección de los menores, frente a las conductas de abuso sexual.

II. LOS ASPECTOS GENERALES DEL REGLAMENTO PARA LA LUCHA CONTRA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA

1. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL REGLAMENTO: LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS OBLIGADOS A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS

El legislador europeo pretende incluir como sujetos obligados al cumplimiento de los distintos instrumentos previstos en el Reglamento al conglomerado de proveedores de servicios electrónicos que no solamente presentan, por sus características y funcionalidades, una mayor potencialidad para albergar las conductas ilícitas objeto de prevención, sino los que en la actualidad aglutinan el grueso de los casos de abuso sexual en línea que se denuncian y detectan por las autoridades competentes¹³.

¹² Fundamento que debe hallarse en la intención de armonizar los requisitos impuestos a los prestadores de servicios en línea pertinentes en el mercado único digital, para eliminar los obstáculos al mercado único digital de servicios que se han originado con motivo de la introducción por parte de algunos Estados miembros de normas nacionales divergentes para prevenir y combatir el abuso sexual de menores en línea. Dado que pretende introducir obligaciones uniformes para los prestadores de servicios presentes en la Unión, la Comisión Europea ha considerado al reglamento como instrumento legislativo idóneo para tal finalidad.

¹³ Pueden consultarse los datos estadísticos en el “*Expert Centre Eokm Online Child Abuse Annual Report 2022*” y en el “*Annual Report 2021*” elaborado por INHOPE. Disponibles en https://jaarverslag2022.offlimits.nl/pdf/2022_Jaarverslag_EOKM_Engels.pdf y <https://inhope.org/media/>

Las primeras entidades designadas serían los prestadores de servicios de alojamiento de datos. Es decir, aquellos operadores que ofrecen en el mercado digital el servicio consistente en el almacenamiento de la información electrónica que es facilitada por el propio destinatario del servicio a su petición, siendo los ejemplos más paradigmáticos de esta categoría los proveedores de hosting para páginas web, los de servicios de *cloud computing* y las tiendas de aplicaciones o *marketplaces*. No obstante, es necesario precisar que tales obligaciones también se extenderían a los proveedores de una importante subcategoría específica de servicios de alojamiento, esto es, a las denominada por el Reglamento de Servicios Digitales como plataformas en línea¹⁴. Estas entidades se caracterizan esencialmente por complementar el almacenamiento de la información con su difusión al público a través de sus sitios web, aplicaciones o sistemas. La importancia de estas plataformas se comprende mejor si hacemos referencia al encuadramiento dentro de esta categoría de prestadores de los servicios electrónicos que copan además del mayor número de usuarios, el mayor nivel de tráfico de información en la red, como son las más diversas redes sociales que los ciudadanos utilizamos diariamente, como pueden ser Twitter, Facebook, LinkedIn o Instagram.

En segundo lugar, las medidas para la prevención y represión de las conductas de abuso sexual serían exigibles a los proveedores que prestan los denominados servicios de comunicaciones interpersonales, con independencia de si éstos basan su funcionamiento en recursos de numeración pública¹⁵ o si se prestan al margen de tales medios¹⁶. Con ello, la norma

pages/articles/annual-reports/8fd77f3014-1652348841/inhope-annual-report-2021.pdf, respectivamente. (última consulta 19 de octubre de 2023).

¹⁴ De acuerdo con la definición plasmada en el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales, las plataformas en línea consisten en un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento.

¹⁵ Los servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración, son aquellos servicios de comunicaciones interpersonales que bien conecta o permite comunicaciones con recursos de numeración pública asignados. Esto es, mediante un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional. Se trataría de los tradicionales sistemas de comunicación telefónica fija o móvil que requieren hacer uso de la numeración asignada por el operador para el establecimiento de la comunicación.

¹⁶ Bajo esta categoría se encontrarían los servicios de comunicaciones interpersonales independiente de la numeración, que de acuerdo con la definición del Código Europeo de las Comunica-

abarcaría tanto a los servicios más usuales como el telefónico y el correo electrónico, hasta las aplicaciones de mensajería instantánea que han relegado a los más tradicionales medios de comunicación, como pueden ser Whatsapp, Telegram o Messenger. De igual modo, con el objeto de abarcar a todos los servicios que permiten canalizar alguna de las conductas de abuso sexual a menores perseguidas por la norma, la propuesta expande la concepción de tales servicios localizada en el art. 2.5 del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, para dar cabida a aquellos otros servicios que posibilitan la comunicación interpersonal e interactiva de modo accesorio a otro servicio principal¹⁷. Así, servicios cuyo objeto nuclear no constituye estrictamente la comunicación de individuos, como pudiera ser un sitio web de compraventa de bienes de segunda mano, pero que permite establecer una comunicación e incluso intercambiar documentos entre usuarios para, por ejemplo, solicitar fotografías del bien interesado y negociar su precio, requerirían de la correspondiente evaluación de riesgos y la posterior adopción de medidas correctivas preventivas para impedir que estos canales secundarios pudieran emplearse de forma encubierta o alternativa para acometer cualquiera de las conductas prohibidas.

La configuración extensa del ámbito subjetivo que se propone el Reglamento implica que éste se aplicará a prácticamente todas las plataformas y servicios en línea del mercado de la Unión Europea, aunque su sede se encuentra extramuros de su territorio¹⁸, y por tanto, a prácticamente todas

ciones Electrónicas, englobaría a los servicios de comunicaciones interpersonales que no conecta a través de recursos de numeración pública asignados. Es decir, aquellos cuyo funcionamiento es independiente de un número o números de los planes de numeración nacional o internacional, o no permite la comunicación con un número o números de los planes de numeración nacional o internacional. Esto es, aquellos servicios que permiten la comunicación sin tener que recurrir a un número fijo o móvil, como pueden ser aplicaciones como Whatsapp, Telegram o Line.

¹⁷ La propuesta de Reglamento amplía la concepción genérica de este término recogida en el art. 2.5 del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas para dar cabida a los servicios que permiten el intercambio interpersonal e interactivo directo de información como una mera posibilidad secundaria intrínsecamente vinculada a otro servicio, los cuales se excluyen de la última norma citada. Decisión acertada, puesto que lo contrario implicaría que una importante parte de servicios que se ofrecen como una prestación secundaria, quedarán al margen de su ámbito de cobertura, creando lagunas que podrían ser aprovechadas por los delincuentes.

¹⁸ Véase que el art. 1.2 de la propuesta contempla que *“el Reglamento se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información pertinentes que ofrezcan tales servicios en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento principal”*, siendo por tanto, la posibilidad de que sean efectivamente usados por los ciudadanos presentes en su territorio, el criterio que determina la exigibilidad de las medidas contempladas.

las actividades digitales y formas de comunicación de niños y adultos por igual¹⁹.

2. EL ÁMBITO OBJETIVO DEL REGLAMENTO: LAS CONDUCTAS PERSEGUIDAS

El ámbito objetivo del Reglamento gira en torno al concepto de abuso sexual de menores en línea. Término que encierra un contenido extenso y con el que se pretende aglutinar a todas las conductas de abuso sexual que presentan un componente electrónico a los efectos de conseguir una lucha eficaz e integral contra este fenómeno. De la definición establecida en el catálogo de conceptos del Reglamento podemos comprobar que bajo su halo se integran dos componentes diferenciados pero vinculados indisolublemente a una realidad, la de las terribles conductas tipificadas penalmente cuyo bien jurídico protegido es la indemnidad y salud sexual de los menores: el material de abuso sexual de menores en línea y el embaucamiento de menores.

El primero de estos elementos comprende tanto a la difusión de pornografía infantil como al espectáculo pornográfico en los términos establecidos el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE. Si bien, debemos precisar que por razones de la configuración de los mecanismos que se introducen, se diferencia entre la difusión de contenidos ya conocidos y la difusión de nuevo contenido. Los primeros hacen referencia a aquel contenido pornográfico de menores que ha sido previamente detectado por las autoridades competentes y que ha sido agregado a las bases de datos de Europol y tras la aprobación del texto normativo, en la creada al efecto por el Centro de la UE, a efectos de crear indicadores que permitan su control y posibilitar el descubrimiento de ulteriores difusiones por otros usuarios. Mientras el nuevo material de abuso sexual se referiría a aquel de nuevo descubrimiento que no consta en las anteriores bases de datos.

El embaucamiento de menores, en cambio, abarca a las conductas dolosas en las que un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, contacta con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual con el fin de realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual o con la

¹⁹ Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse como proveedores afectados, los que prestan servicios de comunicaciones interpersonales y chat en línea, los de correo electrónico, aplicaciones de citas, los de llamadas telefónicas y mensajería MMS, los juegos de azar, repositorios de software, plataformas y servicios de alojamiento e intercambio o uso compartido de información y documentos, servicios de blog y podcasting y las redes sociales.

intención de que participe en actos de carácter sexual con un tercero. En ambos casos, siempre y cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro. También se encuadraría bajo el embaucamiento a los actos llevados a cabo por un adulto por vía electrónica para conseguir que el menor le proporcione pornografía infantil en la que éste aparezca representado, como pueden ser fotografías, vídeos o comunicaciones de índole sexual en tiempo real²⁰.

3. EL ENTRAMADO ORGÁNICO: EL CENTRO DE LA UE SOBRE ABUSO SEXUAL DE MENORES Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COORDINACIÓN

Una de las principales innovaciones que plantea el Reglamento es la creación del denominado Centro de la UE sobre Abuso Sexual de Menores, agencia con sede en La Haya a la que se atribuyen trascendentes funciones como: la prestación de apoyo a las autoridades de coordinación nacionales; la facilitación de los procesos de evaluación de riesgos, detección, denuncia, eliminación y bloqueo; y la facilitación de la recopilación, generación y el intercambio de conocimientos, experiencias e información relevante. Cabe destacar que será el organismo que gestione y administre la base de datos de indicadores, en la que se recogerán los datos de los contenidos de abuso sexual a menores previamente detectados y quien facilitará a los proveedores servicios de análisis y la tecnología necesaria para ejecutar las órdenes de detección.

Finalmente, se prevé como cierre del entramado organizativo, la creación de las autoridades nacionales de coordinación. Organismos independientes, dotados de importantes funciones y potestades, llamados a asumir un papel trascendental tanto en la aplicación y supervisión interna de los mecanismos previstos en el Reglamento, como en las relaciones de cooperación con las demás autoridades competentes de los Estados miembros y el propio Centro de la UE para el abuso sexual. Son de hecho, las autoridades que en la práctica ostentarán la competencia para controlar la eficacia de las medidas adoptadas por los proveedores de servicios para mitigar el riesgo así como para instar a la autoridad judicial o administrativa independiente que designe el estado la emisión de las órdenes de detección, eliminación o bloqueo.

²⁰ Para la delimitación de tales conductas, el Reglamento también hace referencia al concepto de embaucamiento establecido en el art. 6 de la Directiva 2011/93/UE.

III. LAS OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DIGITALES PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA

1. LA EVALUACIÓN DEL RIESGO DE USO DE LOS SERVICIOS PARA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA

Los arts. 3 a 6 de la propuesta de Reglamento, ubicados en la Sección 1ª de su Capítulo II, incorporan los dos novedosos mecanismos obligacionales que conforman el núcleo de las medidas de naturaleza preventiva incluidas en la norma. A saber: la obligación de evaluación de riesgos y la obligación de mitigación de riesgos.

Como consecuencia de la conjunción de sendos mecanismos, los proveedores de servicios de alojamiento de datos y los proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales estarían obligados a identificar, analizar y evaluar, individualmente, en cada uno de los servicios que ofrecieran al público, el riesgo existente de su utilización con fines de abuso sexual de menores en línea, para a continuación, pasar a adoptar cuantas medidas razonables resultaran necesarias para mitigar tal contingencia. Nos encontramos ante una batería de obligaciones intrínsecamente complementarias e indisociables entre sí, con las que el legislador persigue fundamentalmente minimizar el riesgo de que los servicios que prestan tales proveedores se utilicen indebidamente, ya sea para la difusión de material de abuso sexual de menores —ya conocido o nuevo— o para el embaucamiento de sujetos pertenecientes a este colectivo vulnerable²¹.

Para guiar a los sujetos obligados en la compleja labor de llevar a cabo la evaluación de los riesgos inherentes a los servicios, la propuesta de Reglamento ofrece en su art. 3.2 un listado orientativo y no exhaustivo, aunque sí extenso, de distintos aspectos y circunstancias que deben ser valoradas para cuantificar el nivel de riesgo efectivo existente. La justificación de la falta de un catálogo taxativo y definitivo de elementos valorativos del riesgo

²¹ Cabe destacar que siendo el legislador consciente de que gran parte del colectivo de proveedores también se encuentra obligado a acometer una evaluación más genérica y amplia sobre los riesgos de almacenamiento de información ilícita y de vulneración de ciertos derechos fundamentales en virtud del deber impuesto por el art. 34 del recientemente aprobado Reglamento de Servicios Digitales (Reglamento UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE), ha previsto con buen criterio, permitir que esta última evaluación se complemente con la específica de riesgos de uso de sus servicios con fines de abuso sexual de menores en línea, disminuyendo no sólo las cargas burocráticas, sino las económicas.

debemos hallarla en la veloz y constante evolución tanto de las tecnologías empleadas como de los servicios ofertados, condicionantes que hacen imprescindible que los proveedores puedan acudir a criterios adicionales para advertir nuevas posibles quiebras y contingencias y permitir una adecuación más flexible y personalizada.

Entre los factores señalados por el Reglamento que el proveedor debe tener en cuenta para confeccionar la evaluación de riesgos deben destacarse los siguientes: la existencia de prohibiciones y restricciones en las condiciones contractuales establecidas por el proveedor; la forma en que los usuarios utilizan el servicio y el impacto de la misma en dicho riesgo; la forma en que el proveedor diseñó y opera el servicio, incluido el modelo de negocio, la gobernanza, los sistemas y procesos relevantes y su impacto en ese riesgo. No obstante, para evaluar el riesgo de embaucamiento de menores sí se incluyen unos elementos específicos que permiten identificar los potenciales riesgos de comisión de tales conductas a través de los servicios, a saber: la medida en que el servicio es utilizado o es probable que sea utilizado por niños; los grupos de edad y el riesgo de utilización por grupo de edad; la disponibilidad de funcionalidades que permitan la búsqueda de usuarios o de establecer contacto directo con estos, en particular a través de comunicaciones privadas, y funcionalidades que permitan compartir imágenes o vídeos con otros usuarios.

Como medida de apoyo y complemento a este cometido y lograr una evaluación más certera, el Reglamento prevé que los proveedores puedan solicitar el auxilio del Centro de la Unión Europea para que lleve a cabo el análisis de una muestra de datos representativos y anonimizados del tráfico que soportan los servicios ofrecidos, con el objeto de detectar posibles conductas de abuso sexual de menores y verificar potenciales riesgos que hayan podido pasar inadvertidos a los prestadores. Sin embargo, salvo para los proveedores que tengan la consideración de microempresas y PYMES²² y siempre y cuando la solicitud sea razonablemente necesaria para respaldar la evaluación previamente realizada, son éstos quienes deben asumir los costes de este servicio a prestar por la nueva agencia de la Unión.

En cuanto a los plazos estipulados para cumplimentar el deber de evaluación, se prevé que los proveedores completen el análisis inicial de riesgos en un plazo máximo de tres meses desde la fecha de entrada en vigor del Reglamento para aquellos servicios que se vinieran prestando con ante-

²² Para su determinación habrá que acudir a la definición de la Recomendación 2003/361 de la Comisión, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

rrioridad, mientras que para los nuevos servicios que ofrezcan se establece plazo idéntico a contar desde el momento de su puesta en mercado. No obstante, por razón del carácter dinámico de las tecnologías, los servicios y el comportamiento de los usuarios, se ha previsto que dichas evaluaciones sean dinámicas, estableciéndose un deber general de actualización de las evaluaciones, con una periodicidad máxima y recurrente de tres años. En cualquier caso, dicho plazo puede reducirse cuando acontezcan circunstancias internas o externas que puedan alterar sustancialmente el riesgo de que el servicio se utilice con alguno de los fines que se pretenden erradicar²³.

2. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA LA MITIGACIÓN DEL RIESGO

Completada la pertinente evaluación del riesgo, siempre y cuando se hubiera concluido que exista un riesgo razonables de que los servicios afectados pudieran destinarse a la comisión de alguna de las conductas ilícitas perseguidas, se prevé la subsiguiente obligación de los proveedores de implementar las que sean necesarias para, cuanto menos, minorar en la medida posible las contingencias advertidas.

De acuerdo con la actual redacción de la propuesta, los proveedores contarían con un amplio margen de maniobra para adoptar las medidas correctivas adecuadas que permitan atenuar el riesgo detectado. Consideramos que la finalidad perseguida por la norma es conseguir como resultado último la reducción, en términos globales, del riesgo de uso del servicio evaluado con alguno de los fines ilícitos. Es decir, no se establece como meta alcanzar un nivel de riesgo cero, dado que tal misión puede considerarse como prácticamente imposible a día de hoy, tanto técnica como materialmente. Argumento que gana fuerza por el hecho de que a la hora de configurar las órdenes de detección, se exija para su emisión la apreciación de un riesgo apreciable de que el servicio en cuestión pueda ser utilizado para llevar a cabo conductas de abuso sexual de menores en línea, aun después de haber aplicado las medidas de mitigación correspondientes. Aunque el Reglamento no exija la mitigación total del riesgo por las razones expuestas, el proveedor sí que deberá de adoptar las concretas, razonables y específicas medidas preventivas que su capacidad económica y tecnológica le

²³ Nótese que en este supuesto y cuando existan pruebas de dichas circunstancias extraordinarias, el Reglamento habilita a la autoridad de coordinación del Estado miembro a exigir al prestador afectado la actualización de la evaluación de riesgos. Igualmente, se prevé un último escenario en el cual el prestador debe necesariamente de efectuar una actualización de la evaluación: cuando se trate de un servicio que esté sujeto a una orden de detección se deberá de adaptar con anterioridad a los meses anteriores al periodo de vigencia de la misma.

permitan implementar. Ello implicará que habrá ciertos riesgos concretos que sí podrán anularse y en cambios, habrá otros que meramente podrán mitigarse o prevenir que se exploten por los usuarios con fines ilícitos. Para ello, el proveedor deberá de efectuar una ponderación riesgo-beneficio atendiendo, entre otros factores, a la gravedad de los riesgos, la efectividad de las medidas a implantar y su coste, el número de usuarios y la capacidad de acceso a los posibles remedios.

La única condición que el Reglamento impone a los proveedores es que las medidas que apliquen sean razonables, concretas, eficaces, proporcionadas y respetuosas con los derechos fundamentales y se ajusten, al menos, a algunas de las tres opciones que se plantean. En cualquier caso, entendemos que cualquiera que sea la opción que pueda tomar el proveedor, la decisión final siempre deberá atender, como mínimo, a la alternativa que se reputa más adecuada y eficaz para aliviar los riesgos advertidos. Las distintas alternativas que se plantean en el Reglamento son:

- 1) La adopción de medidas técnicas, operativas o de dotación de personal adecuadas. Especialmente sobre los sistemas de moderación de contenidos o de recomendación, sobre los procesos de toma de decisiones, el funcionamiento o las funcionalidades del servicio, o el contenido o la aplicación de las condiciones contractuales que rigen la prestación del servicio.
- 2) El refuerzo de los procesos internos del prestador o de la supervisión interna del funcionamiento del servicio.
- 3) El establecimiento de medidas de cooperación con otros prestadores de servicios obligados, autoridades públicas, organizaciones de la sociedad civil o, en su caso, entidades que tuvieren la condición de alertadores fiables de conformidad el Reglamento de Servicios Digitales.

Debe advertirse que la utilización del término medidas razonables que hace el Reglamento es particularmente conflictiva y criticable, no sólo por su falta de precisión y vaguedad, sino porque habida cuenta del alto margen de interpretación, podría incenivar la adopción de medidas desproporcionadas y altamente restrictivas de derechos para los usuarios, pese a sus principios orientadores, por el acecho del dictado de una posible orden de detección cuando la autoridad de coordinación estimara que tras la aplicación de medidas de mitigación, continuara existiendo un riesgo apreciable. Y ello supondrá para los proveedores un alto coste en términos económicos, de recursos y de esfuerzo que podría querer evitarse a costa de la aplicación de medidas más severas.

Sin perjuicio de lo expuesto, a los prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales que tras completar la evaluación de riesgos detectaran un riesgo razonable de uso de sus servicios con fines de embaucamiento de menores, sí se les impone la obligación específica de adoptar una medida técnico-operativa específica: la verificación de la edad de sus usuarios con el objeto de identificar de manera fiable a los usuarios menores que accedan a los servicios ofertados, de modo que se permita la adopción de las correspondientes medidas de reducción del riesgo adicionales que resulten necesarias para su protección. Ello significa que la práctica totalidad de los servicios de mensajería, chat o correo electrónico podrían requerir la incorporación de un sistema de verificación de la edad, el cual, muy probablemente se base en la utilización de datos biométricos, con los consecuentes riesgos para la privacidad que ello lleva implícito, toda vez que se va a requerir el procesamiento sistemático de los datos biométricos de los niños y adultos, que tienen la consideración de especialmente sensibles. Igualmente, estas medidas pueden suponer la eliminación de cualquier posibilidad de anonimato en la red, lo que hace que el trabajo de los denunciantes, periodistas y defensores de los derechos humanos sea más difícil, si no imposible. Si al contrario los proveedores se decantaran por un sistema de identificación mediante un documento de identidad digital oficial, se puede llegar a un sistema discriminatorio que excluya de los servicios a personas a las que se imposibilite su obtención, como personas en situación irregular o indocumentados. Razón de más para sopesar la incorporación de tal tipo de medidas.

La propuesta añade la obligación de los proveedores de informar a los usuarios finales, a través de las condiciones contractuales de uso, de la existencia y el detalle de las medidas de mitigación que se adoptaran para reducir la probabilidad de uso de un servicio con fines de abuso sexual de menores. Lógicamente, la única excepción a este deber de información se encuentra en la publicidad de las medidas cuya publicidad pudiera comprometer o limitar su eficacia. Con este planteamiento el legislador garantiza la transparencia en la relación proveedor-consumidor, permitiéndole a este último tener constancia de los métodos y prácticas llevadas a cabo para garantizar la seguridad del servicio y de las restricciones que pudieran derivarse de su implantación.

Finalmente, no puede obviarse que el análisis de las medidas correctivas a implementar debe ser objeto de revisión continua, al menos cada vez que se actualice la evaluación de riesgos, a fin de adaptarse a los posibles riesgos que desaparezcan o acontezcan en el tiempo. Se trata, por tanto, de una

obligación persistente y dinámica que requiere un seguimiento y actualización recurrente para garantizar el mayor nivel de eficacia en todo momento.

3. LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DETECTADO Y LAS MEDIDAS IMPLANTADAS

Como medida de control de las anteriormente examinadas, el art. 5 de la propuesta de Reglamento incorpora la obligación de los proveedores de remitir a la autoridad de control —y adicionalmente al Centro de la UE— un informe en el que se recoja tanto el resultado de la evaluación de riesgo que realizaran, como el desglose de las distintas medidas de mitigación implementadas con el objeto de reducir y prevenir el uso del servicio con fines ilícitos. El plazo máximo con el que contarán los proveedores para transmitir el informe a la autoridad nacional se establece en tres meses a contar desde el día siguiente a la finalización del periodo establecido para acometer la evaluación de riesgos.

Remitido dicho informe, la autoridad de coordinación del país del establecimiento, lo evaluará en un plazo máximo de tres meses²⁴ y determinará, sobre la base del mismo y teniendo en cuenta, además, cualquier otra información pertinente de que disponga, si se han llevado a cabo dichas tareas de forma adecuada y conforme a las exigencias recogidas en el texto del Reglamento. Si tras el examen la autoridad estimara que el proveedor no ha cumplido adecuadamente con las obligaciones de evaluación o mitigación del riesgo, podrá exigirle, bien que vuelva a realizar o actualice la evaluación de riesgos, o bien, que introduzca, revise, interrumpa o amplíe, según proceda, las medidas de reducción del riesgo en un plazo razonable, que no podrá ser superior a un mes.

4. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LAS TIENDAS DE PROGRAMAS DE APLICACIÓN

En el art. 6 del proyecto de Reglamento se establecen un elenco de obligaciones específicas dirigidas exclusivamente a los proveedores que tienen la consideración de tiendas de programas de aplicaciones. Es decir, a aquellos prestadores que ofrecen un servicio de intermediación consistente en permitir a los usuarios a través de una plataforma digital localizar, adquirir y

²⁴ No obstante de acuerdo con lo previsto en el art. 5.3 de la propuesta normativa, la autoridad de coordinación podrá solicitar al proveedor, cuando lo estime procedente para completar la evaluación, que le remita en un plazo no superior a dos semanas, información adicional a la consignada en el informe.

descargar, ya sea a cambio de una contraprestación económica o de forma gratuita, aplicaciones y programas creados por un tercero. Habitualmente, cada sistema operativo cuenta con una tienda de aplicaciones propia, siendo las que albergan un mayor número de usuarios *App Store* de Apple, *Play Store* de Google y *Microsoft Store* de Microsoft.

Al contrario de lo que sucede con las medidas preventivas previamente examinadas, las que incumben a las tiendas de aplicaciones están dirigidas exclusivamente a mitigar el riesgo de que los servicios que brindan los programas que distribuyen puedan ser empleados para el embaucamiento de menores, motivo por el que pueden ser consideradas como medidas de refuerzo a las adoptadas por el propio prestador titular del programa.

La primera obligación que podemos localizar en el listado tiene por objeto exigir al prestador responsable de la tienda que realice un esfuerzo razonable para evaluar, de forma conjunta con los proveedores de los programas informáticos que distribuyan²⁵ si cada uno de los servicios ofrecidos presenta un riesgo de ser utilizado con fines de embaucamiento de menores. Y además, a ello hay que sumar el deber de poner a disposición del público, salvo cuando pueda perjudicar su eficacia, la información que describa el proceso y los criterios utilizados para evaluar el riesgo. Como se observa no nos encontramos ante una obligación de resultado tanto como de intenciones, motivo por el cual se exigen meramente esfuerzos razonables. Cuestión del todo lógica por la imposibilidad material de llevar a cabo una evaluación efectiva y rigorista de todas y cada una las aplicaciones depositadas, al menos, en las tiendas más utilizadas por los usuarios²⁶. Por tanto, los responsables de este modelo de negocio deberán de centrar sus esfuerzos de cooperación con los desarrolladores de aplicaciones en la realización diligente de evaluación sobre aquellos servicios que incorporen ciertas características que evidencien un potencial destino a prácticas de embaucamiento, como podrían ser el permitir la interacción y comunicación entre los usuarios y que además su uso esté extendido entre los menores.

²⁵ Para permitir dicha evaluación conjunta, se prevé en el art. 5.6 del texto, que previa solicitud, los prestadores de servicios remitan el informe que recoja los resultados de la evaluación de riesgos y de implementación de medidas a las tiendas de programas. No obstante, el prestador podrá suprimir de dicho informe la información que se catalogue como confidencial y que no sea necesaria para la evaluación que debe acometer la tienda de programas.

²⁶ Véase que en 2021, la tienda de aplicaciones de Google, Play Store, contaba con más de dos millones y medio de aplicaciones y la de Apple, App Store, con un número cercano a los dos millones. *Vid.* <https://www.appbrain.com/stats/number-of-android-apps> y <https://www.apple.com/es/newsroom/2022/04/report-finds-third-party-apps-see-global-success-on-the-app-store/> (Consultadas el 19 de octubre de 2023).

En cualquier caso, el nivel de esta implicación en la evaluación de riesgos también dependerá del tamaño y la capacidad financiera y tecnológica de la tienda o las categorías de servicios que distribuya²⁷.

Si avanzamos en el texto, localizamos a continuación la obligación de las tiendas de adoptar medidas razonables para impedir que los menores tengan acceso a las aplicaciones informáticas para las que se haya detectado un riesgo significativo de uso para el embaucamiento de menores. Es decir, cuando evaluados los riesgos y aplicadas medidas de mitigación, permanezcan ciertos riesgos y se pretenda continuar la comercialización o distribución del servicio afectado a través de una tienda, ésta deberá de implantar un sistema o solución tecnológica que impida que un menor tenga acceso y/o descargue la aplicación que da soporte al mismo. Solución que persigue claramente dificultar, cuando no impedir, que un menor pueda hacer uso de un servicio que no garantiza de modo efectivo que pueda ser objeto de engaño con fines sexuales.

Para garantizar la efectividad de tal medida, se plantea la tercera y última de las previstas en el proyecto normativo, que es la implantación de un sistema de verificación y evaluación fiable de los usuarios menores de edad. Previsión que muy probablemente va a conllevar que todas las tiendas implanten la obligatoriedad de identificación previa y fehaciente de sus usuarios a través de la presentación de algún documento oficial o mediante sistemas biométricos. No obstante, esta medida no garantizaría que el posterior acceso a la tienda y a las aplicaciones que alberga estén vedados a los menores, toda vez, actualmente no existe ninguna solución tecnológica que permita evaluar con certeza la edad de un usuario en la red sin depender de una identidad digital oficial. Por lo tanto, el uso de estas medidas de verificación de la edad podría dar lugar a la exclusión, por ejemplo, de los adultos de aspecto joven del acceso a los servicios en línea, o al despliegue de herramientas de verificación de la edad muy intrusivas, que podrían inhibir o desalentar el uso legítimo de los servicios afectados, sin perjuicio de los riesgos que se mencionaron *ut supra*²⁸.

²⁷ Así se refleja en el Considerando 19 del texto, al expresar que tales “*deben realizar dicha evaluación con diligencia, haciendo esfuerzos razonables en las circunstancias dadas, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza y el alcance de ese riesgo, así como sus capacidades financieras y tecnológicas y su tamaño, y cooperando con los prestadores de los servicios ofrecidos a través del programa de aplicación cuando sea posible*”.

²⁸ Tal es la conclusión que alcanzan el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Comité Europeo de Protección de datos en el Dictamen conjunto n.º 4/2022 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir los abusos sexuales de menores, p. 92.

5. LA ÓRDEN DE DETECCIÓN DE MATERIAL DE ABUSO SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA

La sección 2ª del Capítulo II de la propuesta de Reglamento, que comprende a sus arts. 7 a 11, tiene por objeto crear y regular de la que puede considerarse como la medida nuclear sobre la que pivota el sistema de represión del abuso sexual de menores que se produce a través de los sistemas electrónicos de comunicación. Nos referimos a la compleja y sumamente controvertida orden de detección de material de abuso sexual de menores en línea.

En virtud de dicho mecanismo, se concedería a la autoridad de coordinación del Estado miembro la facultad de solicitar a la autoridad judicial o administrativa independiente nacional, la emisión de una orden que obligue a un prestador de servicios de alojamiento o de comunicaciones electrónicas interpersonales establecido en su territorio, a la instalación y la utilización de herramientas tecnológicas adecuadas para detectar en un servicio específico, las posibles conductas de abuso sexual de menores en línea que pudieran producirse. Por tanto, dependiendo de las potenciales actividades ilícitas que se pretendan descubrir, podemos diferenciar entre tres modalidades distintas de órdenes de detección: órdenes de detección relativas a la difusión de material conocido de abuso sexual de menores, órdenes de detección relativas a la difusión de nuevo material de abuso sexual de menores y órdenes de detección relativas al embaucamiento de menores con fines sexuales.

En este punto, debe ponerse de manifiesto la especial trascendencia que adquiriría este novedoso instrumento en nuestro ordenamiento jurídico, sin parangón en la actualidad con ninguno otro, tanto por su alcance material, como por la intensidad de la afectación a ciertos derechos fundamentales vinculados a la privacidad que generaría su funcionamiento. Factores que han propiciado el surgimiento de fuertes críticas por la preocupación que genera su más que probable falta de proporcionalidad e incluso, por su más que posible incompatibilidad con la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Y es que la ejecución de una orden de detección implicaría en la configuración que el legislador la ha planteado, ni más ni menos, que el prestador obligado escanee y monitorice en tiempo real, la totalidad del tráfico de datos que se genera con motivo de la utilización de un servicio electrónico, sin discriminación alguna por cualesquiera razones de índole objetiva o subjetiva. Esta circunstancia evidencia que nos acercamos peligrosamente a la instauración de un sistema de detección de ilícitos basado en el análisis

generalizado e indiscriminado que permitiría que se examine la integridad de la información material que los usuarios transmiten o intercambian al hacer uso de la aplicación o herramienta tecnológica objetivo, incluyendo, la información transmitida por vía oral y aquella que los comunicantes pretendan proteger mediante la utilización de una tecnología tan extendida para garantizar la confidencialidad y seguridad como es el cifrado extremo a extremo²⁹.

Las razones que han llevado a apostar por este agresivo modelo no selectivo, sino indiscriminado de búsqueda de material de abuso sexual, no solamente debemos hallarla en la clara y decidida apuesta del legislador europeo de reforzar de la forma más efectiva posible la lucha contra el preocupante y creciente problema de los abusos sexuales de menores en línea. El motivo principal consideramos que debemos hallarlo en la inexistencia de otras alternativas menos intrusivas que presenten un nivel de eficacia sino similar, aproximado³⁰. El estado del arte de las actuales tecnologías de tratamiento masivo de datos y de inteligencia artificial, que pese a despuntar y sorprendernos diariamente con los sorprendentes avances que alcanza, no permite aún discriminar *ex ante* entre los contenidos delictivos perseguidos y legítimos sin efectuar el análisis y/o comprobación de la totalidad de la información.

A) Presupuestos para la adopción de la orden de detección

La solicitud de una orden de detección por parte de la autoridad de coordinación nacional, y su consiguiente emisión por la autoridad judicial o la autoridad administrativa independiente, va a exigir preceptivamente que ambas autoridades estimen la concurrencia cumulativa de los dos presupuestos señalados en el art. 4 de la propuesta de Reglamento: la existencia de un riesgo significativo de que el servicio se esté utilizando para fines de abuso sexual de menores en línea y la proporcionalidad de la medida.

En cuanto al concepto indeterminado de riesgo significativo, el texto normativo incorpora los criterios específicos para cada modalidad de orden de

²⁹ Este ha sido uno de los aspectos más criticados de la propuesta, por su indudable incidencia no únicamente en valores como la libertad de empresa o en el derecho a la privacidad de las comunicaciones, si no por su afectación a herramientas esenciales para garantizar la ciberseguridad.

³⁰ Así se hace constar en la Evaluación de Impacto elaborada al efecto de la proposición del Reglamento. En la misma se analizan las distintas opciones que se barajaron, optándose finalmente por la más intrusiva por su mayor eficacia en la lucha contra los abusos sexuales. *Vid.* Impact Assessment report. Commission Staff Working accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse”, pp. 45-83.

detección, que servirán de parámetro de valoración a las autoridades competentes para valorar su existencia. Para estimar la existencia de riesgo significativo con relación a una orden de detección de material de abuso sexual de menores previamente conocido, deberán de confluír acumuladamente las siguientes circunstancias. En primera instancia, que siga siendo probable que el servicio se utilice de manera apreciable para la difusión de dicho contenido, a pesar de las medidas de reducción del riesgo adoptadas o que se vayan a adoptar por el prestador. En segundo lugar, que existan pruebas de que el servicio, o un servicio comparable si aún no se ha ofrecido en la Unión en la fecha de la solicitud de emisión de la orden de detección, se ha utilizado en los últimos doce meses y en una medida apreciable para la difusión de material conocido de abuso sexual de menores.

Para el dictado de una orden de detección relativa a nuevo material de abuso sexual de menores, siempre que no tenga por objeto un servicio de transmisión en directo de espectáculos pornográficos³¹, se exigirá además de dos presupuestos requeridos en el caso anterior, los siguientes: que se haya emitido una orden de detección relativa a la difusión de material conocido de abuso sexual de menores en relación con el servicio concernido y, que el prestador haya presentado un número significativo de denuncias relativas a material conocido de abuso sexual de menores, con motivo de la ejecución de la orden de detección.

En lo que respecta a las órdenes de detección relativas al embaucamiento de menores, que únicamente podrán abarcar las comunicaciones interpersonales en las que uno de los usuarios sea un menor, expresa la ley que existirá riesgo significativo cuando, además de concurrir los dos presupuestos exigidos para la emisión de una orden de detección de material de abuso sexual previamente conocido, el proveedor tenga la consideración de prestador de servicios de comunicaciones interpersonales. En cualquiera de los casos, la propuesta normativa exige que la solicitud inicial que formule la autoridad de coordinación a la autoridad emisora, debe preceptivamente estar respaldada por una suficiente investigación previa que permita valorar y justificar exhaustiva y motivadamente, el cumplimiento de las citadas condiciones.

En este punto es necesario criticar el carácter indeterminado y la vaguedad de ciertos términos utilizados por el legislador como criterios esen-

³¹ Concepto que atiende al sentido establecido en el art. 2.e) de la Directiva 2011/93/UE, que considera espectáculo pornográfico a la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

ciales a tomar en cuenta por la autoridad de coordinación para valorar la solicitud de emisión de una orden de detección. Riesgo significativo, número significativo o alcance apreciable son elementos vagos que pueden redundar en una falta de seguridad jurídica y a divergencias considerables en la aplicación que efectúen las autoridades competentes que intervienen en la tramitación. Como advierten el SEPD y el CEPD, dicha configuración no sería aceptable por razón de que constituyen limitaciones al principio de confidencialidad de las comunicaciones establecido y, por lo tanto, su claridad y previsibilidad son de suma importancia para garantizar que estas limitaciones se apliquen de manera uniforme y estricta.

El segundo de los requisitos, esto es el de la proporcionalidad de la medida, se plantea en el texto planteando la relación coste-beneficio entre los motivos que justifican la emisión la orden de detección y las consecuencias negativas que se depararían a los derechos e intereses legítimos de todas las partes afectadas, teniendo en cuenta, particularmente, la necesidad de garantizar un equilibrio justo entre los derechos fundamentales de dichas partes. Con ello, el Reglamento trata de garantizar que las órdenes de detección solo puedan emitirse tras haberse identificado, evaluado y ponderado de forma objetiva y diligente, caso por caso, no solo la probabilidad y la gravedad de las posibles consecuencias que se derivan para los menores y la sociedad del uso indebido del servicio para cometer conductas de abuso sexual, sino también la probabilidad y gravedad de cualquier posible consecuencia negativa para las partes afectadas. No obstante, bajo nuestra consideración, muy difícilmente se podría identificar una situación en la que prevalezcan los beneficios de una orden de detección sobre las consecuencias negativas, especialmente, cuando la misma tenga que ser aplicada en un servicio de comunicaciones interpersonales que aglutine sino miles a cientos de millones de usuarios, teniendo también en cuenta que su duración puede prolongarse hasta por un periodo de veinticuatro meses cuando tenga por objeto la detección de material de abuso sexual y doce en el caso de conductas relativas al embaucamiento de menores.

B) Tramitación de la orden de detección

Para que la autoridad de coordinación pueda instar la emisión de una orden de detección, debe, como ya indicamos con anterioridad, llevar a cabo una investigación preliminar exhaustiva para determinar si convergen los dos presupuestos exigibles, pero particularmente, deberá comprobar que exista el riesgo significativo de que se produzca alguna de las conductas

que se pretenden descubrir en un servicio concreto, al ser el elemento basilar que legitima inicialmente a este mecanismo.

Para llevar a cabo dicha evaluación inicial, y sopesar la existencia de tales riesgos, servirán de base a la autoridad de coordinación los informes emitidos por los proveedores en los que se recojan la información y conclusiones obtenidas tras la realización de la oportuna evaluación de riesgos y la subsiguiente aplicación de medidas correctivas. No obstante, tras su análisis, la autoridad podrá solicitar el auxilio tanto al Centro de la UE como a otras autoridades públicas, expertos o entidades para que faciliten información complementaria que consideren necesaria para respaldar la investigación y alcanzar una conclusión fundada.

Para el supuesto de que la autoridad considere, de forma preliminar, que concurren las condiciones exigibles para solicitar una orden de detección, pasará a elaborar un proyecto de solicitud de la misma, en la que se especifiquen los principales elementos del contenido de la orden de detección que se propone solicitar y los motivos para solicitarla, para posteriormente presentarlo tanto al Centro de la UE como al propio prestador. El Centro de la UE deberá emitir su dictamen sobre el proyecto de solicitud en un plazo de cuatro semanas a partir de la fecha de su recepción, mientras que el proveedor tendrá la posibilidad de formular observaciones sobre el proyecto en el plazo establecido

Cuando, teniendo en cuenta las observaciones del prestador y el dictamen elaborado por el Centro de la UE, la autoridad de coordinación siga considerando que se cumplen las condiciones exigibles para el dictado de la orden, volverá a presentar al prestador el proyecto de solicitud, con posibilidad de incorporar modificaciones. En tal supuesto, el prestador deberá cumplimentar las siguientes acciones en el plazo concedido por la autoridad:

- 1) Elaborar un plan de ejecución en el que se expongan las medidas que prevé adoptar para ejecutar la potencial orden de detección, incluida información detallada sobre las tecnologías a emplear y las salvaguardias previstas.
- 2) Cuando el proyecto de plan de ejecución se refiera a una potencial orden de detección relativa al embaucamiento de menores, realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de los datos y un procedimiento de consulta previa a la autoridad de control de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento General de Protección

de Datos³². Tras completar los anteriores hitos, ajustar el proyecto del plan de ejecución, si así fuera necesario, en función del resultado de la evaluación de impacto y el dictamen de la autoridad de protección de datos emitido en respuesta a la consulta previa.

- 3) Presentar ante la autoridad de coordinación el plan de ejecución adjuntando, en su caso, el dictamen de la autoridad competente en materia de protección de datos y especificando, en su caso, cómo se ha ajustado el plan de ejecución en función de los resultados de la evaluación de impacto y del mencionado dictamen.

Si, teniendo en cuenta el plan de ejecución elaborado por el prestador y el dictamen de la autoridad de protección de datos la autoridad de coordinación continuara considerando que se cumplen las condiciones de emisión de la orden, presentará la solicitud de expedición a la autoridad judicial competente o a la autoridad administrativa independiente designada por el Estado, junto el plan de ejecución del prestador y los dictámenes del Centro de la UE y de la autoridad de protección de datos.

Recibida la solicitud de emisión de una orden de detección por la autoridad nacional competente, la dictará utilizando el formulario habilitado al efecto —anexo I—, cuyo contenido mínimo exigible se relaciona en el art. 8.1 del texto³³. El Reglamento exige, no obstante, que la autoridad debe de dictar la orden de tal manera que las consecuencias negativas que puedan

³² Dicha consulta deberá de formularse con arreglo a los artículos 35 y 36, del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos.

³³ El contenido exigible a las órdenes de detección comprende los siguientes elementos: a) Los datos de identificación de la autoridad competente que emita la orden de detección. b) El nombre del prestador y, en su caso, de su representante legal. c) El servicio específico para el que se emite la orden de detección y, en su caso, la parte o el componente del servicio afectado. e) La indicación de si la orden de detección emitida se refiere a la difusión de material de abuso sexual de menores conocido o nuevo o al embaucamiento de menores. g) Una exposición de motivos suficientemente detallada que explique por qué se emite la orden de detección. h) Información sobre las medidas que deben adoptarse para ejecutar la orden de detección, incluidos los indicadores que deben utilizarse, las garantías que deben proporcionarse, así como los requisitos de dación de cuenta. f) Las fechas de inicio y fin de la orden de detección. La fecha de inicio se fijará teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para que el prestador tome las medidas oportunas para preparar la ejecución de la orden de detección. No será anterior a tres meses a partir de la fecha en que el prestador haya recibido la orden de detección, ni posterior a doce meses a partir de esa fecha. Mientras el período máximo de vigencia de las órdenes de detección relativas a la difusión de material de abuso sexual de menores conocido o nuevo no excederá de veinticuatro meses y el de las órdenes de detección relativas al embaucamiento de menores no excederá de doce meses. h) Una referencia al Reglamento como base jurídica de la orden de detección. i) La fecha, el sello de tiempo y la firma electrónica de la autoridad emisora. j) Información fácilmente comprensible y completa sobre las vías de recurso a las que puede acudir el prestador.

derivarse de su ejecución se limiten a lo estrictamente necesario para abordar eficazmente el riesgo significativo apreciado. A tal fin, deberán de tener en cuenta todos los parámetros pertinentes, incluida la fiabilidad, idoneidad y eficacia de las tecnologías a emplear, el componente o elementos del servicio afectados, así como la repercusión de las medidas en los derechos de los usuarios afectados.

Emitida la orden en la lengua designada por el prestador, la autoridad competente la dirigirá al establecimiento principal del prestador, a la autoridad de coordinación del país de establecimiento y al Centro de la UE, a través de los correspondientes sistemas de comunicación cuya creación se prevé en el Reglamento. A su vez, y sin demora indebida, la autoridad de coordinación del país de establecimiento transmitirá, una vez adquiera firmeza la orden, una copia a todas las demás autoridades de coordinación. Se plantea no obstante, a efectos de garantizar la tutela judicial efectiva de proveedores y usuarios afectados, el derecho a un recurso efectivo, que incluirá como mínimo el derecho a impugnar la orden de detección ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro.

C) Las tecnologías empleadas para la ejecución de una orden de detección

Para ejecutar una orden de detección, los prestadores de servicios deben valerse de avanzadas y punteras soluciones tecnológicas capaces de detectar las conductas perseguidas por el Reglamento. Es decir, deben ser susceptibles de analizar el tráfico que se genera por razón del uso de un servicio, incluidas las comunicaciones interpersonales que se produzcan, en tiempo real, para descubrir potenciales actos de difusión de materiales de abuso sexual o de conductas de *grooming*. En la actualidad, son diversos los productos tecnológicos de esta naturaleza que se han desarrollado, principalmente por los grandes proveedores de servicios en línea, y que se vienen utilizando de forma voluntaria por éstos, con fundamento en la habilitación establecida por el Reglamento (UE) 2021/1232. Son por lo general, potentes instrumentos que basan su funcionamiento en el tratamiento masivo y automatizado de datos y en la Inteligencia Artificial, especialmente en el machine learning.

El Reglamento no obliga a los proveedores al uso de tecnologías o productos tecnológicos específicos para el desarrollo de esta misión³⁴. Mera-

³⁴ Según se precisa en el Considerando 4 del texto, la propuesta sería neutra desde el punto de vista tecnológico.

mente, con motivo de la recepción de una orden de detección, se autoriza al prestador a adquirir, instalar y poner en funcionamiento estos sistemas, dejando un amplio margen de decisión a los prestadores para decantarse por la opción que estimaran más conveniente, siempre que respeten una serie de parámetros y garantías mínimas. No obstante, habida cuenta del alto coste que supone la adquisición de este tipo de soluciones técnicas, y a pesar de que los grandes proveedores electrónicos ponen sus herramientas a disposición gratuita de otros prestadores y entidades que deseen implementarlas, el Reglamento prevé que el Centro de la UE facilite una solución tecnológica sin coste para los destinatarios de la orden.

En cuanto a sus requisitos técnicos, el texto normativo únicamente exige que las tecnologías empleadas reúnan los requisitos de eficacia y fiabilidad para evitar los posibles casos de falsos positivos. En su vertiente negativa, y como límites, se contempla que tales instrumentos sean incapaces de extraer de las comunicaciones pertinentes ninguna otra información que no sea la estrictamente necesaria para detectar el material de abuso sexual de menores perseguido y que el nivel de intrusión en los derechos fundamentales sea el menor posible para garantizar su eficacia. En cambio, se echa en falta la exigencia de requisitos mínimos en cuanto a la fiabilidad, por ejemplo, estableciendo un alto grado de éxito cuantificable y certificado por una evaluación independiente de un tercero o del propio Centro de la UE. Ello implica que los niveles de eficacia y fiabilidad requeridos para las tecnologías privadas, o incluso de la proporcionada por la agencia europea, no superen ciertos estándares o umbrales especialmente exigentes ante la más que notable afectación a derechos fundamentales.

Las herramientas utilizadas en la actualidad para detectar el material conocido de abuso sexual de menores suelen basarse en la tecnología del *hashing* o huella digital. Su funcionamiento es sencillo. Sin entrar en detalles muy técnicos, tras identificar una imagen o vídeo que se transmite a través de un servicio, se crea una firma digital única de la que se obtiene el denominado *hash*, un identificador único e irreversible para cada documento³⁵. Acto seguido se procede al cotejo, comparando el *hash* con los de una base

³⁵ Estas características implican que cualquier mínima modificación en el contenido, siquiera de un pixel haría que cambiara el hash, y además, que a través de éste no podría volver a crearse el contenido. No obstante, existen estudios que afirman la posibilidad de revertir imágenes a través del código hash e incluso que pueden ser manipulados a través del *machine learning*. Véanse al respecto los recientes estudios: *WangIt's Not What It Looks Like: Manipulating Perceptual Hashing based Applications* e *Inverting PhotoDNA*, disponibles en <https://gangw.cs.illinois.edu/PHashing.pdf>. y <https://anishathalye.com/inverting-photodna/> respectivamente (Consultados ambos el 19 de octubre de 2023).

de datos en la que obran los *hashes* de material conocido de abuso sexual infantil. Si no se reconoce el de la imagen, no se conserva ninguna información y se descarta el archivo. La base de datos principal y más grande de *hashes* está en manos del NCMEC, una organización no gubernamental de interés público creada por el Congreso de EE.UU. en 1984 para facilitar la detección y denuncia de material de abuso sexual infantil, de la cual se alimenta la base de datos manejada por Europol.

Aunque existen diversas variaciones e implementaciones de la tecnología *hash*³⁶, la más empleada en la actualidad es la aplicación PhotoDNA que fue desarrollada hace más de diez años por Microsoft, si bien ha sido utilizada durante más de 10 años por más de 150 organizaciones en todo el mundo, incluidos proveedores de servicios (Microsoft, Facebook, Twitter, Apple), ONGs (por ejemplo, NCMEC, Internet Watch Foundation) y organismos encargados de la aplicación de la ley en la Unión Europea (por ejemplo, Europol). Aunque inicialmente fue concebida para detectar material ilícito en formato imagen, hoy en día permite extender el análisis a vídeos y otros formatos. Según los datos ofrecidos por Microsoft, esta herramienta tiene un alto nivel de precisión, dado que la tasa de falsos positivos se estima en un nivel no superior a 1 entre 50.000 millones. No obstante, no existen datos ni estadísticas elaborados por entidades independientes sobre la exactitud de esta herramienta y existen otros datos que evidencian que las cifras reales se alejan mucho de las ofrecidas³⁷.

³⁶ Otros ejemplos de tecnología hashing utilizada para estos fines, y que funcionan con principios similares son YouTube CSAI Match desarrollada por Google y PDQ y TMK+PDQF cuya creación ha sido llevada a cabo por el equipo de Investigación de Inteligencia Artificial de Facebook (FAIR) y académicos de la Universidad de Módena y Reggio Emilia en Italia. Sobre esta última se puede consultar el *paper* BOUDRY, Douglas, "PDQ & TMK + PDQF -- A Test Drive of Facebook's Perceptual Hashing Algorithms" en *Journal of Digital Investigation*, 2019. Disponible en <https://arxiv.org/abs/1912.07745> (última consulta 19 de octubre de 2023).

³⁷ Dichos datos contrastan con los reflejados por la experiencia. Según el testimonio prestado por un empleado de Microsoft, que participó en su desarrollo, ante el Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes este sistema presenta una precisión media del 91%. *Vid. Fostering a Healthier Internet to Protect Consumers*, 16 de octubre de 2019. <https://www.congress.gov/116/meeting/house/110075/witnesses/HHRG-116-IF16-Wstate-FaridH-20191016.pdf>. (última consulta 19 de octubre de 2023). Igualmente, un informe de LinkedIn elaborado en virtud de las obligaciones dimanantes del Reglamento Chat Control reveló que solo el 41% del contenido identificado por PhotoDNA en 2021 fue pudo considerarse como material de abuso sexual. Disponible en <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a1347128> (última consulta 19 de octubre de 2023). De igual modo, el elaborado por Facebook, reflejó que de los 4900 casos de material inicialmente detectados, únicamente 207 fueron realmente casos denunciados a las autoridades. Disponible en <https://transparency.fb.com/sr/eu-csam-derogationreport-> (última consulta 19 de octubre de 2023). Especialmente sonado fue el falso positivo de un padre, acusado inicialmente por abuso por razón del envío de una foto de su hijo menor a un pediatra para

Por sus características, este tipo de soluciones tecnológicas son las menos susceptibles de provocar un alto impacto en los derechos fundamentales vinculados a la intimidad y privacidad de los usuarios. De hecho, el CEPD y el SEPD señalan que, en la actualidad, las únicas tecnologías que parecen ser capaces de cumplir en general con las obligaciones del Reglamento son las utilizadas para detectar material conocido de abuso sexual³⁸.

Por otro lado, las herramientas empleadas para la detección de nuevo material de abuso sexual basan su funcionamiento en el uso de clasificadores, si bien se complementan con la predicción de sistemas de inteligencia artificial. Esencialmente, el clasificador es un algoritmo que ordena los datos que analiza en categorías de información mediante el reconocimiento de patrones comunes. De este modo, la tecnología es capaz de identificar los atributos de un documento —imagen o vídeo— y posteriormente clasificarlo según su contenido. Es decir, a través de este tipo de tecnologías se posibilita comprobar si un archivo electrónico cumple con determinados patrones previamente definidos que determinarían, *a priori*, según la experiencia y salvo los posibles errores que pudieran cometerse, que se hallara un material de abuso sexual de menores. Así, al analizar un documento de imagen, la tecnología podrá comprobar inicialmente si aparece una persona humana o no. Si la respuesta fuera afirmativa, se pasaría posteriormente a examinar su apariencia de edad y si nuevamente se advirtiera que la persona pudiera ser menor de edad, la herramienta comprobaría si en la imagen se muestran elementos que pudieran revelar un posible abuso sexual. Por ejemplo, porque la persona menor aparece desnuda, se muestra algún elemento corporal íntimo como sus genitales, o participa en un acto de naturaleza sexual. En tal caso, el software catalogaría dicha imagen como representativa de un posible abuso sexual y se trasladaría a una persona para su posterior revisión y confirmación definitiva de su naturaleza. Como puede intuirse, este tipo de tecnología requiere de un uso y funcionamiento constante para entrenarse y mejorar su precisión. Cuantos más elevados sean los elementos de que disponga en su base de datos, y más análisis haya llevado a cabo, mayor nivel de eficacia presentará. Por tanto, en sus estadios iniciales, estas herramientas son más propensas a incurrir en errores y falsos positivos. De ahí la importancia de que todos y cada uno de los

un diagnóstico. <https://www.nytimes.com/2022/08/21/technology/google-surveillance-toddler-photo.html> (última consulta 19 de octubre de 2023).

³⁸ Dictamen conjunto n.º 4/2022 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir los abusos sexuales de menores, p. 82.

probables materiales detectados que se etiqueten como de abuso sexual de forma automatizada, deban ser examinados de forma individual por una persona que sea la que de forma definitiva confirme o descarte la posible ilicitud del caso.

La herramienta de este tipo más empleada en la actualidad es Safer, que ha sido desarrollada por la empresa Thorn³⁹. Según las pruebas internas llevadas a cabo por su propietaria, el software puede alcanzar una precisión del 99,9% sobre los posibles casos detectados e identificar el 80% del total de material analizado. No obstante, no puede perderse de vista que dicho indicador de rendimiento proporciona muy poca información sobre las condiciones que se utilizaron para su cálculo y su adecuación a las condiciones de la vida real, razón por la cual su rendimiento en un escenario real podría ser significativamente inferior al esperado, lo que llevaría a una menor precisión y a un mayor porcentaje de falsos positivos.

Como apunta el SEPD, estas tecnologías presentan un menor nivel de resultados e impacto en términos de precisión y efectividad, es decir, son más propensas a cometer errores, y a la par presentan un nivel de intrusión muy superior a las técnicas de *hashing*, ya que sí requieren analizar automatizada e individualmente cada posible documento que se intercambie, difunda o transmita a través de un servicio. Circunstancias que generan graves problemas. En primer lugar, los posibles errores en la detección o falsos positivos, podrían acarrear nefastas consecuencias para los interesados, que serían señalados como posibles autores de un delito muy grave y se comunicarían sus datos personales y los detalles de sus comunicaciones a las autoridades competentes. Por ello, tal y como plantean la CEPD y el SEPD es imprescindible realizar un análisis más profundo basado en indicadores de rendimiento exhaustivos para evaluar la fiabilidad de las herramientas existentes, así como el impacto de los posibles errores en las condiciones de la vida real de todos los interesados afectados por la propuesta⁴⁰. A esto debemos añadir que ninguno de los propietarios de las aplicaciones analizadas hasta el momento proporcionan la tasa de falsos negativos, esto es, los casos de material que no se detectan. Elemento imprescindible para valorar

³⁹ No obstante, existen otras herramientas que hacen uso de la tecnología de clasificación y de la inteligencia artificial para detectar este tipo de material, como la API de seguridad de contenidos de Google. Más información en <https://protectingchildren.google/intl/es-419> (última consulta 18 de octubre de 2023).

⁴⁰ Dictamen conjunto n.º 4/2022 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir los abusos sexuales de menores, p. 46.

globalmente la confiabilidad de una herramienta de este tipo. Aunque las tecnologías utilizadas han avanzado de forma apreciable, no puede perderse de vista que incluso las más punteras y sofisticadas todavía cometen niveles de error muy altos⁴¹. Por otro lado, el uso de los algoritmos abre la puerta a la producción de sesgos y discriminaciones debido a la falta de representatividad de ciertos grupos de población en los datos utilizados para entrenar el algoritmo. Estos sesgos deberían de ser identificados, medidos y reducidos a un nivel aceptable para que los sistemas de detección no incurrieran en tales situaciones.

Por su parte, para la detección de conductas de *grooming* o captación de menores con fines sexuales en las comunicaciones orales o de texto se emplean mecanismos tecnológicos muy similares a los analizados con anterioridad para la detección de nuevo material de abuso sexual, puesto que también analizan el contenido para detectar patrones que apunten a posibles elementos concretos de sospecha. No obstante, en estos casos, los indicadores con los que se trabajan son específicos, atendiendo a concretas expresiones, palabras y conductas de comportamiento que por la experiencia acumulada se asocian a casos de embaucamiento, lo que acerca a estas aplicaciones a las incorporadas a los filtros de *spam* no deseado implementados en el correo electrónico. Analizada una conversación, el software la califica en función de una serie de características y se les asigna una calificación global, que indica la probabilidad estimada de que la conversación constituya grooming, de modo que si supera un determinado porcentaje, la misma pasa a una persona para que la revise manualmente y confirme o descarte el caso. Entre las herramientas más comunes de esta modalidad se puede citar a la desarrollada en el marco del Proyecto Artemis⁴² de Microsoft, desarrollada en colaboración con The Meet Group, Roblox, Kik y Thorn, que según la corporación alcanza una precisión del 88%. Tal y como se colige del citado dato y se concluye en el Informe de Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta y en el estudio del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, el índice de precisión de las tecnologías para la detección del grooming es muy inferior al índice de precisión de las

⁴¹ Muy llamativo fue el caso de un algoritmo que en el año 2022, todavía no distinguió entre un perro y un gato (<https://twitter.com/ellajakubowska1/status/1539543255309860864>) (última consulta 18 de octubre de 2023). Por lo tanto, es muy posible que estas tecnologías no diferencien ni atiendan al contexto de las imágenes, sin que puedan discernir entre la foto de un niño a la hora del baño en casa, de un escenario de abuso, o inferir si la persona que aparece en el baño es un adolescente o un adulto de aspecto joven.

⁴² <https://news.microsoft.com/es-xl/microsoft-comparte-nueva-tecnica-para-hacer-frente-al-grooming-infantil-en-linea-para-propositos-sexuales/> (última consulta 19 de octubre de 2023).

tecnologías para la detección de material de abuso sexual. Son tecnologías menos maduras, que todavía deben mejorar sobremanera, dado que son excesivamente más propensas a la obtención de falsos positivos. A ello hay que unir que dado que su utilización lleva aparejada la injerencia más significativa en los derechos de los usuarios a la vida privada y familiar, incluida la confidencialidad de las comunicaciones, y a la protección de los datos personales, habida cuenta del necesario análisis automatizado del contenido material de las comunicaciones.

6. LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIA DE LOCALIZACIÓN DE MATERIAL DE ABUSO SEXUAL

Los prestadores de servicios de alojamiento de datos y los prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público se encuentran en una posición privilegiada para detectar los posibles casos de abuso sexuales de menores en línea que se pudieran cometer a través de los servicios que ofrecen en el mercado. Y ello porque pueden llegar a tener conocimiento de tales prácticas, no solamente por razón de los posibles hallazgos que descubran como consecuencia de la ejecución de una orden de detección, sino porque en la actualidad es habitual, y obligatorio en ciertos casos⁴³, que los proveedores dispongan de un canal de denuncias para que tanto la víctima, como otros usuarios o incluso autoridades públicas y entidades que actúen en interés público alerten de la existencia de una publicación de contenidos ilícitos, con el objeto de que tras su valoración, se lleve a cabo la supresión, si procediera. De hecho, en la actualidad, esta es una de las principales vías de descubrimiento de las conductas perseguidas por el futuro Reglamento.

Para aprovechar este potencial, indispensable tanto como para adoptar decisiones que permitan detener la difusión del contenido como para garantizar el éxito de la futura investigación y enjuiciamiento de las infracciones detectadas, es por lo que en el art. 12 de la propuesta normativa se ha contemplado el deber específico de los prestadores de servicios de alojamiento de datos y de los prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales, de informar y denunciar, sin demora alguna ante el Centro

⁴³ Como sucede con la recientemente incorporada en el art. 16 del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento y Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. En este se prevé la obligación de prestadores de servicios de alojamiento de datos de establecer mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que se consideren ilícitos.

de la UE⁴⁴, todas aquellas conductas constitutivas de abuso sexual que pudieran advertir por sí mismos, o de las que tengan noticia por cualquier otro medio. La única excepción que se plantea a este deber la constituye es la comunicación de aquellos casos que se conocieran a través de la ejecución de una orden de eliminación de material proveniente de la autoridad competente, dado que lógicamente, su emisión implica que las autoridades han tenido constancia del contenido ilícito con anterioridad.

Así las cosas, los prestadores obligados deben de proceder a efectuar la oportuna denuncia, siempre que existan motivos razonables para creer que una actividad concreta puede constituir abuso sexual de menores en línea, incluso aunque puedan existir dudas sobre la edad de la víctima o sobre el encaje del material descubierto en alguna de las conductas ilícitas. En cuanto al contenido material que debe reunir la denuncia, debe de ajustarse escurpulosamente al listado de elementos establecido en el art. 13 del borrador⁴⁵ y transponerse en el formulario incluido como su anexo III. Elementos con los que las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes podrán valorar si iniciar una investigación para perseguir penalmente la conducta hallada.

Sin perjuicio de la anterior comunicación, el borrador del Reglamento también añade el deber del prestador de notificar al usuario afectado por la conducta ilícita, debiendo facilitarle tanto información sobre el contenido de la denuncia planteada ante el Centro de la UE, y de su seguimiento⁴⁶; el modo en que ha tenido conocimiento del material denunciado y sobre las

⁴⁴ Notificación que debe realizarse a través del sistema general de cooperación e intercambio de información que se crearía en virtud del art. 39 del Reglamento.)

⁴⁵ En concreto las denuncias deben reunir el siguiente contenido: a) Los datos de identificación del prestador y, en su caso, de su representante legal. b) la fecha, el sello de tiempo y la firma electrónica del prestador. c) Todos los datos del posible contenido ilícito, incluidas las imágenes, los vídeos y el texto, así como cualquier otro dato disponible relacionado con el posible abuso sexual. e) La indicación de la modalidad de abuso sexual de menores en línea en la que puede encuadrarse el hallazgo. Y, además, cuando pueda catalogarse como difusión de material de abuso sexual de menores conocido o nuevo, la indicación de si el prestador ha eliminado el material o ha bloqueado el acceso a él. f) Información sobre la ubicación geográfica relacionada con el posible abuso sexual de menores en línea, como la dirección IP o los datos de geolocalización del posible infractor. g) Información sobre la identidad de cualquier usuario implicado en el posible abuso sexual de menores en línea. h) La indicación de si el prestador también ha denunciado o va a denunciar el posible abuso sexual de menores en línea a una autoridad pública u otra entidad competente para recibir este tipo de denuncias de un tercer país y, en caso afirmativo, qué autoridad o entidad. i) La indicación de si el prestador considera que la denuncia requiere una acción urgente. k) Una referencia al Reglamento como base jurídica para la presentación de denuncias.

⁴⁶ El prestador informará al usuario afectado sin demora indebida, bien después de haber recibido una comunicación del Centro de la UE en la que se indique que considera que la denuncia es manifiestamente infundada, tal como se contempla en el artículo 48, apartado 2, o bien tras la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de la denuncia sin haber recibido una

posibilidades de impugnar o reclamar a la autoridad de coordinación, en la forma prevenida en el art. 34.

7. LA ORDEN DE ELIMINACIÓN DE MATERIAL DE ABUSO SEXUAL

En la Sección 4ª del Capítulo II de la propuesta de Reglamento, integrada por sus arts. 14 y 15, se ubica la regulación de las denominadas órdenes de eliminación. En virtud del presente instrumento, la autoridad de coordinación de un Estado miembro en el cual estuviera establecido un prestador de servicios de alojamiento de datos, estaría facultada para solicitar a la autoridad judicial nacional competente o, en su caso, a la autoridad administrativa independiente designada por dicho Estado, la emisión de una orden que tendría por objeto exigir al proveedor concernido que elimine de sus servidores elementos concretos de material identificado, tras una evaluación diligente, como de abuso sexual de menores o que, alternativamente, inhabilite el acceso al mismo, a nivel de todos los Estados de la Unión.

Nos encontramos, sin duda, ante una novedosa medida reactiva que encuentra una clara inspiración en la orden de retirada de contenidos terroristas regulada en el Reglamento (UE) 2021/784⁴⁷. Con ella se perseguiría conseguir de modo rápido y efectivo la supresión de contenidos que tras una evaluación diligente, se identifiquen como de abuso sexual de menores, con el objeto de impedir a la mayor brevedad posible que los usuarios de la red accedan a los mismos y, muy particularmente, que se difundan e incrementen la tan perjudicial exposición de los menores. Por tal motivo, el Reglamento establece que el proveedor deberá de ejecutar la orden a la mayor brevedad que le sea posible y en todo caso, en el estrecho plazo máximo de veinticuatro horas, a contar desde la recepción de la orden.

La emisión de la orden de eliminación por parte de la autoridad judicial o administrativa independiente competente se llevará a cabo empleando el formato preestablecido en el anexo IV de la propuesta de Reglamento y estará redactada en el idioma designado por el proveedor en el momento de adherirse al punto de contacto creado *ex art.* 23 del Reglamento. Además,

comunicación del Centro de la UE en la que se indique que no debe facilitarse la información según lo dispuesto en el artículo 48, apartado 6, letra a), lo que ocurra primero.

Si, en el plazo de tres meses a que se refiere el párrafo segundo, el prestador recibe una comunicación de este tipo del Centro de la UE en la que se indique que no debe facilitarse la información, lo notificará al usuario afectado, sin demora indebida, una vez expirado el plazo establecido en dicha comunicación.

⁴⁷ Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea

se exige que la misma tengan un contenido mínimo, a efectos de que el prestador pueda cumplirla adecuadamente⁴⁸.

La autoridad competente que emita la orden de eliminación la dirigirá al prestador a través del punto de contacto creado al efecto para llevar a cabo las comunicaciones entre autoridades y prestadores. Si por razones técnicas u operativas, de fuerza mayor, o por imposibilidad material, el prestador no pudiera ejecutar la orden, deberá de hacer partícipe a la autoridad emisora sin demora alguna y a través del formulario habilitado como anexo V, de las razones que le impiden la ejecución de la orden, incluyendo la justificación de las mismas. En tal supuesto, el plazo de cumplimiento se suspenderá hasta que desaparezcan las razones que lo impidieron. Sin embargo, cuando la orden no se pueda cumplir por carecer de los elementos esenciales o contener errores manifiestos, el prestador deberá de solicitar a la autoridad emisora competente, sin demora alguna y a través del anexo V, las aclaraciones pertinentes que se requieran para poder proceder a la ejecución. De igual modo, el plazo se suspenderá tras el envío de la solicitud de aclaración, reanudándose al recibir las aclaraciones pertinentes.

Finalmente, cumplimentada la orden, el prestador deberá de informar tanto a la autoridad emisora como al Centro de la UE, a través del anexo VI, de las medidas adoptadas para ejecutar la orden de eliminación, indicando, en particular, si eliminó el material de abuso sexual de menores o por el contrario vetó el acceso al mismo en todos los Estados miembros, con especificación de la fecha y hora correspondientes. A dicho deber se añade el de poner en conocimiento el usuario al que perteneciera el material, que se

⁴⁸ Dicho contenido comprendería: a) Los datos de identificación de la autoridad que dicte la orden. b) El nombre del prestador de alojamiento de datos que ejecuta la orden y, para el supuesto de que no tuviera establecimiento en territorio de la Unión, se añadirá además, el de su representante legal. c) El servicio específico para el que se emite la orden de eliminación. d) Una motivación suficientemente detallada que explique por qué se ha dictado la orden de eliminación y, en concreto, por qué el material constituye material de abuso sexual de menores. e) La URL exacta, dónde se ubique el contenido ilícito y, cuando sea necesario, información adicional que permita la identificación del material. f) Cuando proceda, la información sobre la no divulgación durante un período determinado. Dado que la eliminación o inhabilitación del acceso puede afectar al derecho de los usuarios que hayan proporcionado el material en cuestión, los prestadores deben informar a tales usuarios de los motivos de la eliminación para que puedan ejercer su derecho de recurso, sin perjuicio de las excepciones necesarias para evitar interferir en las actividades de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones de abuso sexual de menores. g) Una referencia al presente Reglamento como base jurídica de la orden de eliminación. h) La fecha, el sello de tiempo y la firma electrónica de la autoridad que haya emitido la orden de eliminación. i) Información fácilmente comprensible y completa sobre las vías de recurso a disposición del destinatario de la orden de eliminación, que especifique el derecho a recurrir ante un órgano jurisdiccional y los plazos aplicables a dicha vía de recurso.

ha procedido a la eliminación y los motivos, así como la referente a las vías de recurso reconocidas⁴⁹.

Finalmente, cabe mencionar que a diferencia de lo que sucede con las órdenes de detección, las órdenes de retirada sí que se consideran acciones necesarias y proporcionadas para la lucha frente al abuso por su carácter selectivo y exigir la concurrencia de una base objetiva para la acción.

8. LA ORDEN DE BLOQUEO DE ACCESO A CONTENIDOS

El siguiente y último de los instrumentos que incorpora el Reglamento tiene por objeto facultar a la autoridad de coordinación para solicitar a la autoridad o administrativa independiente, que dicte una orden de bloqueo por la que se exija a un prestador de servicios de acceso a internet que adopte medidas razonables para impedir, por un plazo máximo de cinco años⁵⁰, que los usuarios accedan a todo el material conocido de abuso sexual de menores incluido en la base de datos de indicadores gestionada por el Centro de la UE. Estamos ante un remedio que se destina a impedir exclusivamente el acceso al material de abuso sexual conocido que esté alojado en servidores y equipos cuyos responsables no prestan un servicio en la Unión, y que por tanto, no pueden ser suprimidos a través de una orden de eliminación. Por tal motivo, como ultima ratio, se ha acudido a los proveedores de acceso a internet, únicas entidades que pueden limitar el acceso de sus clientes a concretos sitios webs o incluso servidores cuyos alojamientos se encuentren extramuros del territorio de la Unión Europea. De este modo, se podrá tanto bloquear el acceso a tantas direcciones web como vínculos con material conocido de abuso existan. El objetivo último de esta medida no es otro que frenar la difusión del contenido sobre el que no se puede tener control directo para proteger los derechos de las víctimas menores de edad e impedir el agravamiento del daño. Si bien, tal mitigación únicamente se podrá conseguir a nivel de la Unión, salvo que a través de otros canales se pudiera conseguir la supresión.

⁴⁹ No obstante, la autoridad de coordinación podrá solicitar a la autoridad que dicte la orden de eliminación, y tras haber consultado a las autoridades públicas pertinentes, que el prestador no divulgue ninguna información relativa a la eliminación del material de abuso sexual de menores o al bloqueo del acceso a él, cuando y en la medida en que sea necesario para evitar interferir en actividades de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de abuso sexual de menores.

⁵⁰ Sin embargo, el texto exige en su art. 16.7 que, al menos anualmente, deberá de revisarse la necesidad de mantener o levantar a el bloqueo a los servidores atendiendo a la producción de cambios sustanciales en los motivos que dieron lugar a la orden.

El primero de los requisitos que se fijan para que pueda solicitarse la emisión de una orden de bloqueo a un operador de acceso a internet es la constancia de que el contenido a bloquear refleja un contenido de abuso sexual a menores, por razón de la coincidencia de los identificadores entre el contenido ya conocido y el objeto de la orden. Además, la autoridad debe de contar con pruebas de que el servicio de acceso a internet ofrecido por el proveedor en cuestión se ha pretendido utilizar en los últimos doce meses y de forma apreciable para acceder o intentar acceder a dicho material. Igualmente, el texto se refiere a la naturaleza del material y su cantidad como criterios orientadores adicionales que debe valorar la autoridad para instar la emisión de la orden, habida cuenta de la potencial injerencia en los derechos fundamentales de los implicados, especialmente el de libertad de expresión. De este modo, ante imágenes únicas que se localicen, parece que únicamente podrá instarse la orden cuando se refiera a abusos especialmente graves u ofensivos, mientras que cuando se aloje multitud de material, su bloque podrá requerirse sin atender al contenido.

La orden se emitirá en el formato seguido por el anexo VII incluido en el Reglamento, en la lengua del prestador y necesariamente deberá contener todos los elementos que se relacionan en su art. 17.¹⁵¹ Tras el dictado se remitirá al prestador de servicios de acceso a internet que la pondrá en activo en la fecha estipulada en la orden. Reseñar finalmente, que tanto el prestador de servicios como el usuario al que pertenece la información bloqueada se les reconoce el derecho a un recurso efectivo para impugnar la orden, en los mismos términos que para las anteriores medidas examinadas.

⁵¹ Las órdenes de bloqueo incluirán: a) La referencia a la lista de localizadores facilitada por el Centro de la UE, y las salvaguardias que deben establecerse. b) Los datos de identificación de la autoridad judicial competente o de la autoridad administrativa independiente que emita la orden de bloqueo y la autenticación de la orden de bloqueo por dicha autoridad. c) El nombre del prestador y, en su caso, de su representante legal. d) El servicio específico para el que se emite la orden de bloqueo. e) La fecha de inicio y de fin de la orden de bloqueo. f) Una exposición de motivos suficientemente detallada que explique por qué se emite la orden de bloqueo. g) Una referencia al presente Reglamento como base jurídica de la orden de bloqueo. h) La fecha, el sello de tiempo y la firma electrónica de la autoridad emisora. i) Información fácilmente comprensible sobre las vías de recurso a disposición del destinatario de la orden de bloqueo, incluida información sobre el derecho a recurrir ante un órgano jurisdiccional y sobre los plazos aplicables a dicha vía de recurso.

IV. CONCLUSIONES

El fenómeno de los abusos sexuales en línea cometidos frente a menores de edad presenta, desde que comenzó la pandemia por COVID19, un nivel de crecimiento más que preocupante que no ha sido posible atajar con los vigentes instrumentos y mecanismos jurídicos. Por ello, la actual propuesta de Reglamento de la Unión Europea supone una apuesta decidida para abordar de forma integral y combatir tan aberrantes y perjudiciales conductas criminales. No obstante, lo cierto es que si bien, la mayor parte de las medidas que se contemplan merecen el aplauso de la sociedad, la medida estrella del Reglamento, esto es, la orden de detección, presenta, a salvo de las posibles modificaciones que se produzcan durante la tramitación parlamentaria, preocupantes dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión.

Naturalmente, la lucha contra a estas prácticas puede exigir la toma de medidas impopulares o incluso drásticas, cuando con ello se garantice la efectividad de sus objetivos. Sin embargo, todo apunta a que el bajo nivel de efectividad que presentan en la actualidad las tecnologías utilizadas para la detección del abuso sexual, junto a su carácter indiscriminado y el alto nivel de injerencia que se deriva para un importante elenco de derechos fundamentales y libertades públicas, no es la vía más adecuada con la que afrontar a esta dañina lacra que intenta aprovechar las tecnologías de la información y comunicación en perjuicio de los niños, uno de los colectivos más apreciados y vulnerables de nuestra sociedad. Máxime cuando a través de la incorporación de la orden de detección se encubre una privatización de una actividad que debería recaer en manos de las autoridades públicas y, además se pueden perpetuar sus efectos, por la mera razón de que no es posible reducir a cero el riesgo de uso de tales tecnologías y servicios para los fines de abuso sexual, lo que conllevará que las órdenes de detección estén en marcha de forma indefinida en el tiempo. Ello conlleva a otra situación indeseable, que es la posible disuación para el ejercicio de la libertad de expresión y la compartición de contenidos, por temor a que puedan ser catalogados como material de abuso sexual.

A ello se suma, que esta puede ser la primera de las iniciativas que se aproveche de la vigilancia integral de las comunicaciones para la detección de ciertos delitos, pudiendo servir de prueba para futuras ampliaciones a otros delitos graves. La confidencialidad de las comunicaciones es un principio vital de las sociedades democráticas que se va a ver profundamente mermado si se llega a aprobar esta iniciativa en los términos planteados.

Cualquier mecanismo que se introduzca deberá ser necesariamente respetuoso con los derechos fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Atendiendo a la jurisprudencia de este tribunal sobre regímenes de conservación preventiva de datos de tráfico y localización y, particularmente al contenido de las sentencias *Digital Right Ireland* de 8 de abril de 2014, *Tele 2 Sverige* de 21 de diciembre de 2016 y *La Quadrature du Net* de 6 de octubre de 2020, podemos alcanzar la conclusión de que la configuración de las órdenes de detección para el descubrimiento de material de abuso sexual nuevo y las conductas de embaucamiento muy probablemente sea contraria al Derecho de la Unión por no respetar el principio de proporcionalidad e implicar una merma del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones.

Es preferible, en su defecto, que el legislador mantenga las medidas menos lesivas de la propuesta y potencie otros medios alternativos de orden preventivo, mucho más efectivos para alcanzar los fines pretendidos y con un alto potencial a largo plazo, como pueden ser la inversión en la educación de los menores y las familias en el uso y riesgos de las nuevas tecnologías, la creación de servicios de apoyo y de mecanismos de detección temprana de posibles abusos sexuales en entornos cercanos, así como un sistema policial y judicial que cuente con los medios necesarios para descubrir, perseguir y enjuiciar este tipo de conductas.

Además, debe tenerse en cuenta que actualmente contamos con diversos instrumentos vigentes que contribuyen ya de forma positiva a abordar estos fenómenos indeseables sin presentar una problemática tan elevada para con los derechos fundamentales de la mayor parte de los ciudadanos. Junto a las normas nacionales derivadas de la Directiva de abusos sexuales de 2011, el Reglamento de Servicios Digitales ha incorporado mecanismos que permiten evaluar los riesgos de uso para el abuso sexual y que tanto entidades especializadas como los usuarios denuncien los descubrimientos que realicen de este tipo de material. Medida esta última que ha demostrado ser muy eficaz, máxime cuando la mayor parte de los contenidos que se descubren se comunican a las autoridades competentes a través de esta vía. De igual modo, no puede obviarse que la futura norma entraría en conflicto con el Derecho de la Unión, ya que el mismo Reglamento de Servicios Digitales prohíbe expresamente a los Estados la imposición a los proveedores de adoptar medidas activas para examinar y controlar el tráfico que soportan sus servicios, sin perjuicio del establecimiento de obligaciones de

actuación inmediata ante la constatación por vía denuncia o por detección propia de la existencia de material ilícito.

Especialmente preocupante es el nivel de fiabilidad que presentan las tecnologías empleadas en la actualidad para la detección de este tipo de material, lo que daría lugar no sólo a que muchos casos dejaran de detectarse, sino que se apunten a numerosos falsos positivos que pueden originar serias y graves problemáticas para los usuarios. Es necesario destacar que a pesar del alto número de posibles casos advertidos por el NCMEC, la mayor parte de los contenidos son repetitivos y no representan casos individuales, por lo que siempre dentro de la extrema gravedad que presentan estos casos y los perjuicios que se derivan para los menores, el número real de víctimas es muy inferior al de las denuncias formuladas. Por otro lado, no puede olvidarse la realidad que supone que una importante parte de los jóvenes menores de edad intercambian imágenes sexuales propias, el denominado y tan extendido sexting. La detección de tales actos sin contextualizar puede desembocar en efectos indeseables para los menores, que pueden verse sometidos a una investigación policial o incluso judicial, amén de ver lesionado su también trascendente para el desarrollo derecho a la intimidad.

Además, no cabe duda de que ante la implantación de estos mecanismos preventivos, los delincuentes sexuales que intercambian y difunden dicho material se trasladarán a otras plataformas o servicios en la denominada darkweb, dónde los sujetos obligados no tendrán capacidad de control, y por tanto, podrán eludirse los controles y mecanismos que se pretenden incorporar. Sin embargo, esta medida sí acabará lesionando y dejando sin contenido el importante elenco de derechos fundamentales vinculados a la intimidad y privacidad de la mayor parte de la población que no delinque en este ámbito. El legislador europeo debería por tanto de replantear el Reglamento para conseguir un instrumento legislativo integral para la lucha efectiva contra este fenómeno tan indeseable, pero siempre dentro de los límites que no hagan irreconocible y denigren al conjunto de derechos fundamentales que en esta era de la información se vuelven tan esenciales e indispensables para preservar nuestra dignidad.

V. BIBLIOGRAFÍA Y OTROS MATERIALES

BOUDRY, Douglas, "PDQ & TMK + PDQF -- A Test Drive of Facebook's Perceptual Hashing Algorithms" en *Journal of Digital Investigation*, 2019

FIODOROVA, A., "La lucha contra abusos de menores en línea: hacía una nueva regulación" en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1 Extra, 2023, pp. 452-474.

- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Ciber violencia de género y menores”, en PILLADO GONZÁLEZ, Esther, (dir.), *La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa*, Madrid, Dykinson, 2021 pp. 279-312.
- MONTORO SÁNCHEZ, J. A., “El reglamento (UE) 2021/1232 “Chat Control”: un controvertido instrumento para la lucha contra el abuso sexual de menores en línea” en MARTIN PASTOR, J. y JUAN SÁNCHEZ, R. (Dir.), *El Derecho procesal: entre la Academia y el Foro*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 659-672

Otros Materiales

- Annual Report 2022, Expert Centre Eokm Online Child Abuse, 2023.
- Annual Report 2021, INHOPE, 2022.
- Annual Reports of 2019, Internet Watch Foundation, 2019.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores”, Comisión Europea, 24 de julio de 2020.
- CyberTipline Reports by Electronic Service Providers, NCMEC, 2022.
- Exploiting Isolation: Offenders and victims of online child sexual abuse during the COVID-19 pandemic, Europol, 2021.
- Estrategía de la UE sobre los Derechos del Niño, Comisión Europea, 24 de marzo de 2021.
- Fostering a Healthier Internet to Protect Consumers, House Energy and Commerce Subcommittee on Communications and Technology – US Government, 16 de octubre de 2019.
- Impact Assesment report. Commission Staff Working accompanying the document proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse, Comisión Europea, 11 de mayo de 2022.
- Dictamen n.º 4/2022 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir los abusos sexuales de menores, Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Comité Europeo de Protección de Datos, 2022.
- Una década digital para los niños y los jóvenes: la nueva estrategia europea para una internet mejor para los niños (BIK+), Comisión Europea, 11 de mayo de 2022.
- WangIt’s Not What It Looks Like: Manipulating Perceptual Hashing based Applications e Inverting PhotoDNA, Qingying Hao, Licheng Luo, Steve T.K. Jan, Gang Wang, 2021.

LA MODERNIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA: LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIGITALIZACIÓN*

Modernising cross-border judicial cooperation in the European Union: implementing digitalisation

ÁNGEL TINOCO PASTRANA

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

atinoco@us.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6622-9030>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL. AVANCES EN LA MATERIA Y ACTUACIONES CONVERGENTES. 1. Recientes progresos en la materia. 2. Las propuestas legislativas de 2021 para digitalizar los sistemas judiciales en la Unión Europea. 3. Los sistemas informáticos en el ELSJ. III. LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS CIVILES, MERCANTILES Y PENALES. 1. La propuesta de Reglamento. 2. Breve referencia al estado de la cuestión en España: la interacción con el marco europeo. IV. CONCLUSIONES.

Resumen: La Unión Europea está realizando importantes acciones en materia de digitalización en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, entre las que destaca el importante avance que supondrá el Reglamento sobre digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos que, junto con la Directiva de acompañamiento, reformará numerosos instrumentos en la materia. Los relevantes progresos europeos, que se integran en el acervo normativo de la Unión, tendrán una clara repercusión en la modernización y digitalización de los sistemas nacionales. La Unión Europea constituye, por tanto, la gran impulsora de la modernización de la Justicia, apostando decididamente por el mecanismo de la digitalización, lo cual lleva a cabo desde una perspectiva respetuosa tanto con la soberanía de los Estados como del propio sistema de garantías procesales.

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (CAJI)”, Proyecto I+D+i PID2021-124027NB-I00, Agencia Estatal de Investigación, Ministerio de Ciencia e Innovación.

Abstract: The European Union is taking important actions on digitalisation in the European Area of Freedom, Security and Justice. Among them, the future Regulation on digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border cases is a milestone, which, together with the accompanying Directive, will reform numerous instruments in this matter. The relevant European developments, which are integrated into the Union's normative acquis, will have a clear impact on the modernisation and digitisation of national systems. The European Union is therefore the great driving force behind the modernisation of justice, making a firm commitment to the digitisation mechanism, which it does from a perspective that respects both the sovereignty of the States and the system of procedural guarantees itself.

Palabras clave: Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia – cooperación judicial – acceso transfronterizo a la justicia – digitalización – modernización de la Justicia.

Keywords: European Area of Freedom, Security and Justice – judicial cooperation – cross-border access to justice – digitalisation – Justice Modernisation.

ABREVIATURAS

| | |
|-------|--|
| CCBE | Consejo de la Abogacía Europea |
| CDFUE | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| CMS | Sistema de gestión de casos de Eurojust |
| CTR | Registro Judicial Antiterrorista europeo de Eurojust |
| ECI | Equipo conjunto de investigación |
| ELSJ | Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia |
| ENISA | Agencia de la Unión Europea para la ciberseguridad |
| IRIS | Programa de Conectividad Segura de la Unión para el período 2023-2027 |
| MASC | Métodos adecuados de solución de controversias |
| OLAF | Oficina Europea de Lucha contra el Fraude |
| OEI | Orden Europea de Investigación |
| PLED | Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia |
| PRDIG | Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales |
| UE | Unión Europea |

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo estudiaremos las relevantes acciones, instrumentos e instituciones existentes en la Unión Europea (en adelante, UE), para la modernización a través del mecanismo de la digitalización del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ), al igual que de la

propia cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos. Podemos observar de forma preliminar y sin ser exhaustivos al respecto, que en el ELSJ existe una proliferación de sistemas, instrumentos e instituciones en la materia, tales como e-CODEX, columna vertebral sobre la que se asentará la digitalización de la cooperación judicial, por lo que ésta constituye una importante institución sobre la que se cimentan tanto los actuales avances en este ámbito en la UE, como la futura digitalización de la cooperación judicial que estudiaremos en este trabajo. Por ello trataremos e-CODEX de forma transversal, al cual realizaremos numerosas referencias a través de las que veremos su origen, virtualidad, naturaleza y finalidad, entre otras numerosas cuestiones, estudiándolo, por tanto, desde una perspectiva acorde con su propia transversalidad y su estrecha relación con los diversos mecanismos de digitalización tanto ya existentes como futuros, en el ámbito de la cooperación judicial.

También destacaremos la Agencia eu-LISA para la gestión operativa de los sistemas informáticos de gran magnitud y, de forma más específica en lo que se refiere al objeto de este estudio, el inminente nuevo Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos, que observamos será fundamental para la construcción del ecosistema procesal digital en el ELSJ por tanto, para su propia arquitectura digital. Este futuro Reglamento junto con la correlativa Directiva, reforma numerosos instrumentos para la implementación del mecanismo de la digitalización, siendo respetuoso tanto con la soberanía de los Estados como con el propio sistema de garantías procesales. El mismo repercute en múltiples aspectos, tales como la realización de actuaciones procesales de forma telemática y la transmisión de documentos y datos, conllevando una reducción de la duración del procedimiento y fomentando la propia eficiencia procesal digital, entre otros aspectos destacables. La UE constituye el gran impulsor y leitmotiv de la modernización y digitalización tanto del ELSJ como de los propios sistemas judiciales de los Estados.

Abordaremos por tanto las recientes y relevantes iniciativas del legislador europeo en el ámbito de la digitalización del ELSJ, donde son numerosos los progresos, superándose el concepto de “cross-fertilization”, al integrarse en el acervo normativo del Derecho procesal europeo, lo cual tendrá un importante efecto para la modernización y eficiencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros, grandes protagonistas igualmente del cambio que supone la implantación del paradigma de la digitalización de la Justicia. En definitiva, no se puede entender ni menos aún conseguir los objetivos de la digitalización de los sistemas nacionales internos y la propia eficiencia

procesal digital, al margen del contexto europeo, sus innovaciones y mecanismos para la salvaguarda de los derechos y garantías procesales, entre otras cuestiones que trataremos en este trabajo.

Pero la proliferación de iniciativas, acciones y de los propios sistemas informáticos en la materia, del mismo modo que las acciones puntuales o relativamente parciales en materia de digitalización en la UE, plantean importantes problemas en cuanto a la interconexión, compatibilidad e interoperabilidad, a lo cual se suma la heterogeneidad y relativa “timidez” de los legisladores de los Estados miembros respecto a sus propios sistemas internos, entre otras cuestiones. Consideramos que ello constituye una problemática adicional para la digitalización de la cooperación judicial, en la que la propia convergencia en e-CODEX y la transferencia de la gestión operativa de éste a la Agencia eu-LISA, como veremos, quizá constituyen soluciones transitorias que nos induce a pensar, que estamos ante una problemática de gran calado con numerosos interrogantes aún por resolver, que requerirá de importantes ulteriores esfuerzos tanto por parte del legislador europeo como por los propios Estados miembros. Éstas entre otras numerosas instituciones, instrumentos y avances en materia de digitalización, constituyen el objeto del presente trabajo. Por ello trataremos por un lado, el contexto de la UE abordando la situación actual y los progresos existentes en el ELSJ en materia de digitalización, ámbito donde como hemos reiterado, existen numerosos actos, instrumentos e iniciativas, seguidamente veremos las iniciativas de la Comisión Europea de diciembre de 2021 para digitalizar los sistemas judiciales en la UE y su integración en los instrumentos y mecanismos ya existentes y, a continuación nos centraremos en la propuesta de Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, para la cual es fundamental el referido marco del ELSJ y su propia arquitectura digital, considerando además el “contraste” existente al respecto en el estado de la cuestión en nuestro país.

II. CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL. AVANCES EN LA MATERIA Y ACTUACIONES CONVERGENTES

1. RECIENTES PROGRESOS EN LA MATERIA

Existen como decíamos, importantes avances en materia de digitalización en el ELSJ, lo cual constituye el contexto de la propuesta de Reglamen-

to sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales respecto a la cual nos vamos a ocupar especialmente. Son numerosos los actos e iniciativas legislativas recientes, como por ejemplo, el Reglamento (UE) 2022/850, relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal, “sistema e-CODEX” (en adelante, Reglamento e-CODEX)¹, mecanismo fundamental para la arquitectura digital de la cooperación judicial², que se integra en otros instrumentos como en el futuro Reglamento relativo a la digitalización de cooperación judicial y del acceso a la justicia. Del mismo modo otro hito reciente, lo encontramos en la adopción del Reglamento (UE) 2023/1543, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación, a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad (en adelante, Reglamento e-evidence). Este instrumento, junto con la coetánea Directiva (UE) 2023/1544, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2023, por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales, introduce una nueva concepción o reinterpretación del principio de reconocimiento mutuo y de la propia confianza mutua entre los Estados de la UE, al instaurar un modelo de cooperación directa con los proveedores de servicios de telecomunicaciones en el ELSJ³, que en gran medida replica el modelo de la *US Cloud Act*⁴.

¹ Vid. Considerando nº 6 del Preámbulo del Reglamento e-CODEX, donde se aclara que si bien han sido desarrolladas herramientas para el intercambio electrónico transfronterizo de datos procesales, que ni han sustituido ni han requerido especiales modificaciones de los sistemas existentes en los Estados miembros, la herramienta más relevante que se ha desarrollado hasta la actualidad es el sistema e-CODEX, como sistema de comunicación para la justicia digital mediante el intercambio electrónico de datos procesales.

² Cfr. Sergio Carrera, Valsamis Mitsilegas y Marco Stefan, *Criminal Justice, Fundamental Rights and the Rule of law in the Digital Age. Report of a CEPS and QMUL Task Force* (Bruselas: CEPS, 2021), 47-50, <https://www.ceps.eu/download/publication/?id=33138&pdf=Criminal-Justice-Fundamental-Rights-and-the-Rule-of-law-in-the-Digital-Age.pdf>.

³ Sobre las nuevas órdenes europeas de producción y conservación, vid. Ángel Tinoco Pastrana, “Las órdenes europeas de entrega y conservación: la futura obtención transnacional de la prueba electrónica en los procesos penales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 135 (2021): 203 ss.

⁴ Ley de clarificación del uso legítimo de los datos fuera de los Estados Unidos, de 23 de marzo de 2018, norma prácticamente coetánea a la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, con el que puede presentar conflictos. En el Consejo de la Unión Europea de 6 de junio de 2019, se otorgó de forma efectiva a la Comisión Europea un mandato para negociar un Acuerdo con Estados Unidos para facilitar el acceso transfronterizo a la prueba

El Reglamento e-evidence integra el nuevo sistema creado por el Reglamento e-CODEX para la comunicación entre las autoridades y dichos proveedores y la transmisión transnacional de la prueba electrónica, contemplando por tanto un sistema informático descentralizado con puntos de acceso interoperables basados en el referido sistema e-CODEX⁵. La importancia de los datos electrónicos en toda su extensión y de los sistemas informáticos en el ELSJ, se refleja en la adopción de dicho Reglamento e-evidence, dado que como destacó la Comisión Europea cuando hizo pública la propuesta de Reglamento, mientras que los delincuentes y terroristas explotan tecnologías modernas para ocultar sus actividades y eludir la acción de la justicia, las autoridades trabajan con métodos complicados, siendo insuficientes los mecanismos hasta ahora existentes en el ámbito de la cooperación judicial y asistencia mutua, por lo que es necesario dotar a las autoridades de métodos del siglo XXI⁶. De alguna forma se está creando un “ecosistema” global digitalizado para la transmisión de datos, de pruebas y la realización actos procesales, a través de la cooperación y mecanismos de asistencia judicial, del cual no pueden estar al margen los sistemas estatales, dado que sus autoridades judiciales y policiales llegan a convertirse en actores de primer nivel en el nuevo contexto global del que Europa no puede sustraerse.

electrónica y para participar en las negociaciones con el Consejo de Europa en relación a un segundo Protocolo Adicional al Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia. En el mandato para negociar con Estados Unidos se consideran especialmente los conflictos legales, las obligaciones contradictorias y las reglas comunes para la transferencia directa y recíproca de la prueba, con un sistema de garantías para proteger los derechos fundamentales, lo cual supondría la creación de un nuevo sistema de cooperación global. Ello permitiría superar el sistema actual, donde los proveedores de servicios con sede en los Estados Unidos colaboran de forma voluntaria con las autoridades europeas, en sus solicitudes de acceso a las pruebas electrónicas, a través de la cooperación directa en procedimientos de asistencia judicial. El segundo Protocolo Adicional al Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia, fue adoptado por el Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2021, habiendo autorizado la UE la ratificación a los Estados, el 14 de febrero de 2023. *Vid.* al respecto, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/e-evidence/> (último acceso: 14/10/2023) y, sobre la relevancia de la *U.S. Act Cloud*, entre otros, Stanislaw Toszka, “All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order”, *New Journal of European Criminal Law* 11, n° 2 (2020): 170, <https://doi.org/10.1177/2032284420919802>; Valsamis Mitsilegas, “The privatisation of mutual trust in Europe’s área of criminal justice: The case of e-evidence”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25, n° 3 (2018): 263-265, <https://doi.org/10.1177/1023263X18792240>.

⁵ *Cfr.* considerando n° 83 del Preámbulo del Reglamento e-evidence.

⁶ Respecto a ello, véase el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 17 de abril de 2018, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_3343 (último acceso: 14/10/2023).

2. LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE 2021 PARA DIGITALIZAR LOS SISTEMAS JUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea adoptó el 1 de diciembre de 2021 tres propuestas legislativas para digitalizar los sistemas judiciales en la Unión Europea, dos de las cuales ya han culminado con la promulgación de los respectivos Reglamentos, como veremos a continuación. Éstas responden a las prioridades determinadas en la “Comunicación sobre la digitalización de la Justicia” y en la “Estrategia sobre la formación judicial europea” de diciembre de 2020, las cuales constituyen los pilares fundamentales de las iniciativas para la modernización de los sistemas judiciales de la UE⁷.

La UE es plenamente consciente de que la Administración de Justicia no puede estar al margen de la revolución tecnológica que existe en todos los sectores y de que la digitalización de la Justicia constituye una gran cuestión pendiente. Cuando se hicieron públicas las propuestas para digitalizar los sistemas judiciales en la UE, se hizo hincapié por la Comisión en la protección del mercado interior de la UE, donde son frecuentes los litigios transfronterizos entre ciudadanos y empresas. También se resaltó que, para la lucha contra la delincuencia transfronteriza, las autoridades de investigación y los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros tienen que cooperar y apoyarse mutuamente en la investigación y el enjuiciamiento de delitos, por lo que es necesario que puedan intercambiar información y pruebas de forma segura, rápida y eficaz, dado que la delincuencia en internet carece de fronteras. Precisamente dada la relevancia del ciberespacio para la lucha contra la delincuencia transfronteriza y del terrorismo, nosotros observamos que el enfoque tradicional de la jurisdicción fundamentada en el territorio, por tanto en la ubicación de los datos, puede estar desactualizado, dado el incremento del uso de la “nube”, su facilidad de transmisión y su inherente volatilidad⁸.

La Comisión considera que es necesario dotar de tecnologías digitales de vanguardia para proporcionar a las autoridades judiciales, los ciudadanos y las empresas de medios rápidos y seguros de intercambio de información, lo cual del mismo modo es fundamental para facilitar y agilizar el acceso a la justicia. Igualmente resaltó la Comisión, la necesidad de que se cree

⁷ Las tres propuestas legislativas, forman parte integrante de la política de la UE “Un futuro digital para Europa”, de la “Estrategia digital de la Unión Europea”, de la “Década digital de Europa 2030”, del Programa “Europa digital 2021-27” y de la denominada “Brújula digital”, lo cual refleja la importancia de esta materia en la UE.

⁸ Sobre esta problemática relativa a la concepción de la jurisdicción y la deslocalización de los datos electrónicos, *vid.* Stanislaw Tosza, “All evidence is equal...”, *cit.*: 168-170.

un auténtico ELSJ resiliente y eficiente, ya que los instrumentos digitales actualmente disponibles no están actualizados, siendo además necesario conseguir la resiliencia de los sistemas judiciales nacionales en situaciones de crisis, lo cual se evidenció con la COVID-19, donde se utilizaron sistemas *ad hoc* improvisados en gran medida, para que los órganos jurisdiccionales puedan funcionar en cualquier situación, lo cual constituye un principio del Estado de Derecho. Como se refleja en la Evaluación de Impacto de la Comisión sobre la propuesta de Reglamento sobre digitalización de la cooperación judicial y acceso a la justicia que a continuación trataremos, la crisis del COVID-19 ha puesto de manifiesto que es necesario un enfoque más holístico para modernizar el Espacio Europeo de Justicia, para que sea resistente, se fortalezca la confianza de los Estados miembros y se protejan los derechos fundamentales. Además, resaltó la Comisión que no todos los Estados miembros tienen el mismo avance en materia digitalización de la justicia, si bien todos están dando importantes pasos en este ámbito. La digitalización se considera como uno de los dos motores clave de la política de la justicia de la UE, junto con la independencia judicial⁹. Observamos que resulta llamativo en este planteamiento, que tanto la protección del mercado interior de la UE como el dogma seguridad, ostentan una posición preeminente en estas iniciativas y, en consecuencia, en el propio ELSJ.

Pero en absoluto estamos ante actuaciones aisladas de la UE enfocadas al ámbito de la Justicia, como se refleja por ejemplo, en la propuesta de la denominada “Ley sobre la Europa Interoperable”, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas a fin de garantizar un alto nivel de interoperabilidad del sector público en toda la Unión, presentada por la Comisión el 18 de noviembre de 2022¹⁰, instrumento respecto al cual recientemente, el 6 de octubre de 2023, los Estados miembros (Coreper), acordaron una posición común, con el correlativo mandato de negociación del Consejo con el Parlamento. Esta propuesta de Reglamento pretende crear un nuevo marco de cooperación para las Administraciones Públicas de la UE, para ofrecer servicios públicos digitales más

⁹ Cfr. respecto a las tres iniciativas legislativas de la Comisión de 1 de diciembre de 2021 y las cuestiones señaladas, el comunicado de prensa de la Comisión de 1 de diciembre de 2021, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6387 y https://commission.europa.eu/publications/digitalisation-cross-border-judicial-cooperation_en (último acceso: 14/10/2023), entre otros documentos, además de Didier Reynders, “Digitalising Justice Systems to Bring Out the Best in Justice”, *EUCRIM*, nº 4 (2021): 236-237, <https://doi.org/10.30709/eu-crim-2021-030>.

¹⁰ Bruselas, 18.11.2022 COM(2022) 720 final, 2022/0379 (COD).

eficientes en la UE, donde los conceptos de alto nivel de “interoperabilidad” y “ventanilla única”, entre otros, son fundamentales¹¹.

Dichos conceptos junto con el objetivo de la eficiencia, como veremos, también se reproducen en las iniciativas y actuaciones para modernizar y digitalizar la cooperación judicial y el acceso a la justicia, es decir, en la Propuesta de Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, además de reflejarse en el propio Reglamento e-CODEX. Por tanto, salvando las distancias puesto que se trata del ámbito estrictamente administrativo, no podemos obviar la importante proactividad de la UE en materia de digitalización, interoperabilidad y eficiencia de los sistemas, que se extendería a todos los sectores jurídicos, respecto a lo cual obviamente la cooperación judicial, el acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos y los propios sistemas judiciales nacionales, no pueden estar al margen.

Continuando con las propuestas de la Comisión Europea para digitalizar los sistemas judiciales en la Unión Europea, éstas consisten en primer lugar, en la ya referida propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial (en adelante, PRDIG)¹², el cual se acompaña de la correlativa propuesta de Directiva que fundamentalmente reforma los actuales instrumentos de reconocimiento mutuo, pero también aunque de forma minoritaria, instrumentos de naturaleza diversa, que como tales no responden a este principio pero que forman parte de la arquitectura del ELSJ, como sucede con la justicia gratuita en los conflictos transfronterizos y los equi-

¹¹ En cuanto a la adopción de la posición común del Consejo de la UE y los referidos objetivos de dicha propuesta de Reglamento, *vid.* el Comunicado de prensa del Consejo de 6 de octubre de 2023, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/?Page=2> (último acceso: 14/10/2023).

¹² Bruselas, 1.12.2021 COM(2021) 759 final, 2021/0394 (COD). La propuesta de Reglamento modifica actos legislativos de esta naturaleza con la finalidad de la implementación del mecanismo de la digitalización, fundamentalmente en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil. En concreto, reforma el Reglamento (CE) n.º 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; el Reglamento (CE) n.º 861/2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; el Reglamento (UE) n.º 655/2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil y el Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia. En el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, se modifica el Reglamento (UE) 2018/1805, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

pos conjuntos de investigación¹³. Comprobamos como la importancia del futuro Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia junto con la propuesta de Directiva de acompañamiento, se refleja en el impacto que posee en el actual marco normativo europeo sobre la materia, reformándose con el propósito de la implementación del mecanismo de la digitalización, numerosos instrumentos normativos de la UE aprobados durante más de dos décadas y que en gran medida, constituyen los fundamentos de la construcción del sistema de cooperación judicial europeo en materia civil y penal, por tanto, del propio ELSJ. Del mismo modo dicha relevancia de los referidos futuros Reglamento y Directiva, se comprueba en la rapidez de su tramitación legislativa, la cual está muy avanzada e incluso prácticamente culminada, tras haberse alcanzado pasado 28 de junio de 2023 un acuerdo provisional entre el Consejo y el Parlamento¹⁴, encontrándose su tramitación legislativa en estos momentos a la espera de la posición del Parlamento en primera lectura, prevista para el 20 de noviembre de 2023¹⁵.

¹³ Bruselas, 1.12.21 COM(2021) 760 final, 2021/0395 (COD). La propuesta de Directiva, con la misma finalidad antes señalada de la implementación del mecanismo de la digitalización, reforma primordialmente actos legislativos en materia de la cooperación judicial en materia penal. En el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, se modifica la Directiva 2002/8/CE, por la que se establecen reglas mínimas comunes relativas a la justificación gratuita en conflictos transfronterizos. Respecto al ámbito penal, se modifica la Decisión Marco 2002/465/JAI, sobre equipos conjuntos de investigación; la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea de detención y entrega y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; la Decisión Marco 2003/577/JAI, relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; la Decisión Marco 2005/214/JAI, relativa al reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; la Decisión Marco 2006/783/JAI, relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la Decisión Marco 2008/909/JAI, de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE; la Decisión Marco 2008/947/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; la Decisión Marco 2009/829/JAI, de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional; la Decisión Marco 2009/948/JAI, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales; la Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección y finalmente, la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

¹⁴ *Vid.* Comunicado de prensa del Consejo de 28 de junio de 2023, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/?Page=11> (último acceso: 14/10/2023).

¹⁵ *Vid.* respecto al estado de la tramitación legislativa de ambas iniciativas, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0394\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0394(COD)&l=en) y [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0395\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0395(COD)&l=en), respectivamente (último acceso: 14/10/2023).

Este inminente nuevo Reglamento que estudiaremos especialmente en este trabajo, regula relevantes actuaciones procesales telemáticas y, junto con la Directiva que lo acompaña, constituirán una realidad que en gran medida supondrá un punto de inflexión en la materia, un destacable avance que tendrá un indudable reflejo e impacto en los sistemas nacionales de los Estados miembros. Éstos en gran medida son los grandes destinatarios de la nueva concepción que supone la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, que conllevará una significativa modernización y eficiencia procesal en el ámbito de la cooperación judicial transfronteriza en la UE, al igual que poseerá una previsible repercusión en los sistemas internos de dichos Estados.

Las otras dos iniciativas relativas a la digitalización de los sistemas judiciales adoptadas por la Comisión Europea en diciembre de 2021, ya han culminado con la promulgación de los respectivos Reglamentos, como hemos avanzado. Éstos se centran en el ámbito penal y en la finalidad de la lucha eficaz contra el terrorismo y otras formas de delincuencia transfronteriza grave, lo cual pone de manifiesto que, en el ELSJ, el dogma seguridad continúa ostentando una posición predominante. Se ha observado que en el ELSJ existe una necesidad urgente de reconciliar la seguridad con las nociones de libertad y justicia, para evitar que sus compromisos se deterioren y acaben bajo un formalismo vacío¹⁶. Por ello consideramos que la PRDIG posee además el efecto beneficioso de poner en valor la libertad y la justicia en el ELSJ, en consecuencia, en un entorno dominado por la seguridad.

Nos referimos al recién promulgado Reglamento (UE) 2023/2131 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de octubre de 2023, por el que se modifican el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2005/671/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información digital en casos de terrorismo, que entró en vigor el 31 de octubre de 2023, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (11 de octubre de 2023). Este nuevo Reglamento digitalizará la comunicación entre Eurojust y las autoridades de los Estados miembros, a través de un canal moderno y seguro que fomente la proactividad de Eurojust y simplifique la cooperación con terceros países. Actualmente, se utilizan métodos inseguros y anacrónicos y Eurojust posee un sistema de información obsoleto que impide el cotejo correcto de la información, el

¹⁶ En este sentido, Ester Herlin-Karnell, “The domination of security and the promise of justice: on justification and proportionality in Europe’s ‘Area of Freedom, Security and Justice’”, *Transnational Legal Theory* 8, nº 1 (2017): 83, 87-90, <https://doi.org/10.1080/20414005.2017.1316637>.

denominado “Registro Judicial Antiterrorista europeo” (CTR por sus siglas en inglés)¹⁷. El nuevo Reglamento crea un moderno “sistema de gestión de casos” digitalizado (CMS por sus siglas en inglés), que permitirá determinar eficazmente los vínculos entre casos de terrorismo transfronterizo y otras formas de delitos transfronterizos graves, vínculos que constituirán la base para que los Estados miembros coordinen sus medidas de investigación y sus respuestas digitales, creando un canal digital seguro entre Eurojust y los Estados miembros, además de simplificar la cooperación con terceros países al permitir a los Fiscales de enlace adscritos a Eurojust, el acceso al nuevo CMS¹⁸.

La agilidad de la tramitación legislativa de este Reglamento, consideramos que además de ser consecuencia del predominio de la seguridad en el ELSJ como acabamos de ver, en gran medida es consecuencia del importante papel que ha adquirido Eurojust para la lucha contra la impunidad y garantizar la rendición de cuentas por los delitos cometidos en Ucrania. Ello se materializó en la aprobación del Reglamento (UE) 2022/838 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas. Con independencia de que Eurojust constituya realmente un órgano idóneo para los objetivos referidos, es decir, para la lucha contra los delitos cometidos en Ucrania, lo cual podría ser debatible, hay que resaltar que este Reglamento fue adoptado en un tiempo récord y que el objetivo de la digitalización, materia que estamos tratando, ostenta un papel fundamental. Dada la urgente necesidad de almacenar dichas pruebas, es preciso que Eurojust las archive en una instalación de gestión y almacenamiento

¹⁷ *Cfr.* https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice/digital-information-exchange-terrorism-cases_en (último acceso: 14/10/2023). La Comisión considera que constituye una de las prioridades clave del Derecho penal europeo, mejorar el funcionamiento del CTR. En este sentido, en los considerandos n° s. 5 y 6 del Preámbulo del Reglamento (UE) 2023/2131, se advierte que el CTR, creado en 2019 tras la adopción del Reglamento (UE) 2018/1727, para detectar los vínculos entre procedimientos judiciales sobre terrorismo y las necesidades de coordinación consecuencia de dichos vínculos, posee una deficiente integración en la infraestructura técnica de Eurojust, al no contemplarse el CTR en dicho Reglamento, situación que es necesario subsanar.

¹⁸ *Cfr.* el comunicado de prensa del Consejo de 18 de septiembre de 2023, tras la adopción del Reglamento por el Consejo el 18 de septiembre de 2023, aprobado por el Parlamento el 12 de julio del mismo año. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/?Page=4> (último acceso: 14/10/2023) y el art. 1.6) del Reglamento (UE) 2023/2131, por el que se modifican los arts. 23 a 25 del Reglamento (UE) 2018/1727.

automatizados de datos separada del sistema actualmente existente¹⁹. La obsolescencia del actual sistema de información de Eurojust, conllevó la necesidad de crear una nueva instalación para la preservación, análisis y almacenamiento de pruebas relativas a crímenes de guerra, que se integre en la nueva infraestructura digital de Eurojust, de la que también formará parte el CMS.

La tercera propuesta legislativa de la Comisión, igualmente ya ha culminado con la reciente promulgación del Reglamento (UE) 2023/969 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por el que se establece una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, habiendo entrado en vigor el 6 de junio. La razón de ser de este Reglamento, al igual que del nuevo Reglamento (UE) 2023/2131, estriba del mismo modo en la insuficiencia y anacronismo de los sistemas digitales utilizados. Los equipos conjuntos de investigación (en adelante, ECI) se enfrentan a dificultades técnicas referentes al intercambio electrónico seguro de información y pruebas (incluidos archivos de gran tamaño), siendo necesario establecer una comunicación electrónica segura entre los miembros y participantes del ECI, como por ejemplo Eurojust, Europol y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (en adelante, OLAF), así como un “diario conjunto de gestión” del ECI.

Por ello se crea una plataforma informática específica, la denominada “plataforma de colaboración de los ECI”²⁰, que se podrá utilizar de forma facultativa por los participantes en el ECI y que ofrecerá en primer lugar, una comunicación segura e imposible de rastrear, incorporando herramientas de comunicación síncronas y asíncronas, en segundo lugar permitirá el intercambio de información y pruebas, incluyendo archivos de gran tamaño, con un sistema de almacenamiento centralizado durante el tiempo estrictamente necesario para la transferencia de datos, ya que en cuanto se descarguen se eliminarán automáticamente de la plataforma y, en tercer lugar, un mecanismo de registro avanzado que almacenará toda intervención en una prueba en concreto que se haya compartido a través de la plataforma, lo cual permite garantizar su trazabilidad y su admisibilidad ante un Tribunal, preservando por tanto la cadena de custodia digital. La plataforma de colaboración de los ECI será accesible para todos los actores que participen el mismo, por tanto, para los representantes de los Estados miembros en un

¹⁹ Vid. considerando n° 12 del Reglamento (UE) 2022/838.

²⁰ Vid. art. 1.a) del Reglamento (UE) 2023/969.

ECI determinado, los representantes de terceros países invitados a un ECI en concreto y los organismos competentes de la UE, tales como Eurojust, Europol, Fiscalía Europea y la OLAF²¹. El diseño, desarrollo y mantenimiento de la plataforma, corresponderá a eu-LISA²², Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de los Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el ELSJ, creada por el Reglamento (UE) 2018/1726, institución que trataremos más adelante.

Comprobamos como la relevancia de la digitalización en el ELSJ se refleja en la agilidad de los referidos procedimientos legislativos, formando parte las tres propuestas de la Comisión de 2021 de la “Declaración Conjunta” sobre las prioridades legislativas comunes de las tres instituciones de la UE para 2023-24²³, quedando únicamente la conclusión del procedimiento legislativo de la PRDIG y la correlativa propuesta de Directiva, si bien como hemos señalado, previsiblemente dichos procedimientos legislativos culminarán en breve. En estos actos e iniciativas legislativas de la UE, especialmente en la PRDIG, se destaca el impacto de la COVID 19 como detonante de la actual aceleración del proceso de digitalización, como hemos visto, lo cual se refleja en la propia PRDIG y en la Comunicación sobre la digitalización de la Justicia en la UE adoptada por la Comisión el 2 de diciembre de 2020. Pero en absoluto estamos ante una problemática nueva, sino todo lo contrario, podemos cuestionar de forma contundente, que la UE no se hubiera ocupado antes de la forma que actualmente lo está haciendo de estas cuestiones tan relevantes. Prueba de ello la encontramos por ejemplo, en la propuesta de la Comisión Europea sobre el Reglamento e-evidence y la Directiva sobre establecimientos y representantes legales, que se remonta a abril de 2018 y, sin embargo, el procedimiento legislativo no terminó hasta la reciente adopción del Reglamento e-evidence y la Directiva sobre establecimientos y representantes legales de los proveedores de servicios, el 12 de julio de 2023.

Ciertamente la implementación de la digitalización en el ELSJ constituye una cuestión candente desde hace lustros en la UE, como se refleja en el Plan de Acción E-Justicia 2009-2013, por el que se crean herramientas fundamentadas en las nuevas tecnologías, que además servirían como ins-

²¹ Sobre las innovaciones que conlleva la plataforma de colaboración de los ECI, *cfr.* https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice/joint-investigation-teams-jits-collaboration-platform_en (último acceso: 14/10/2023).

²² *Vid.* art. 7 del Reglamento (UE) 2023/969.

²³ *Cfr.* <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/thematicnote.do?id=41380&l=en> (último acceso: 14/10/2023).

trumentos de cooperación judicial. Resultado de ello, fue el Portal Europeo e-Justice, que constituye una herramienta que, entre otras utilidades, ofrece información sobre el Derecho de la UE, el Derecho de otros Estados o sobre el acceso a la justicia gratuita en otro Estado. Los objetivos de la instauración de dicho portal, consistían en la mejora del acceso de los ciudadanos a la justicia, en conseguir la cooperación entre autoridades judiciales de los diversos Estados miembros y el intercambio de buenas prácticas y, en garantizar la eficacia de la justicia²⁴. Observamos cómo si bien la UE tenía en su hoja de ruta la consecución de dichos objetivos a través de la implementación de herramientas de digitalización desde hace mucho tiempo, siendo el referido Plan de Acción un claro antecedente de la materia que estamos estudiando, realmente no se ha ocupado hasta estos momentos con la agilidad que actualmente lo está efectuando de esta cuestión lo cual, sin duda, tendrá una clara repercusión en la digitalización y modernización de los sistemas nacionales.

3. LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS EN EL ELSJ

Preliminarmente, debemos destacar que la antes referida Agencia eu-LISA, es fundamental respecto a la gestión de los sistemas informáticos en el ELSJ. Esta Agencia ostenta un importante papel en el ámbito de la digitalización de la cooperación judicial, como se comprueba en que actualmente está asumiendo el traspaso íntegro de la gestión operativa de e-CODEX, que hasta ahora y desde hace diez años se realizaba por un consorcio de Estados miembros y organizaciones de profesionales del Derecho financiadas por la UE, lo cual deberá concluirse en el segundo semestre de 2023²⁵. e-CODEX se considera como la principal herramienta europea para establecer una red de comunicación interoperable, segura y descentralizada entre sistemas informáticos nacionales en procedimientos civiles y penales transfronterizos, herramienta concebida para el intercambio digital de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal, facilitando la eficiencia de la comunicación transfronteriza entre las autoridades y el acceso de los ciudadanos a la justicia, con una mayor digitalización de los procesos civiles y penales²⁶. En este sistema descentralizado son fundamentales

²⁴ Vid. sobre el Plan de Acción E-Justicia 2009-2013 y el Portal e-Justice, Federico Bueno de Mata, "Justicia online y ciudadanía: el Portal europeo e-Justicia como medio de información y apoyo a los ciudadanos para solventar sus litigios transfronterizos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 18 (2011): 192, 193, 196.

²⁵ Considerando nº 7 y art. 10.4 del Reglamento e-Codex.

²⁶ Cfr. <https://www.e-codex.eu/> (último acceso: 14/10/2023).

los puntos de acceso interoperables, diferenciándose entre los “puntos de acceso e-CODEX” que permiten transmitir y recibir información de forma segura y los “puntos de acceso e-CODEX autorizados”, autorización que efectúa la Comisión o un Estado miembro y que han sido notificados a la Agencia eu-LISA²⁷.

e-CODEX constituye un paquete de componentes de software para la conectividad entre los sistemas nacionales. A través del mismo las autoridades judiciales competentes, los profesionales de la Administración de Justicia y los ciudadanos, podrán enviar y recibir de forma electrónica documentos, pruebas u otra información de forma fiable, ágil y segura. Permite, por tanto, crear redes de comunicación descentralizadas interoperables entre los sistemas nacionales en materia de cooperación transfronteriza civil y penal. El Reglamento e-CODEX es considerado como un importante progreso para lograr el objetivo de crear un sistema de justicia moderno que pueda resistir en tiempos de crisis, lo cual sería fundamental para poder garantizar los derechos de acceso a la justicia y a un juicio justo. De este modo, como observó el Consejo de la Unión Europea cuando llegó a un acuerdo con el Parlamento sobre el Reglamento que lo regula, el sistema e-CODEX se convertirá en la “columna vertebral” de la cooperación judicial en la UE en asuntos civiles, mercantiles y penales²⁸. Actualmente e-CODEX ya respalda el sistema de intercambio digital de pruebas electrónicas, a través de la “Plataforma central de Pruebas”²⁹, punto de acceso e-CODEX utilizado exclusivamente para este tipo de pruebas. En concreto, e-CODEX apoya

²⁷ Vid. art. 3.2) y 3) del Reglamento e-Codex.

²⁸ Cfr. Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea, tras el Acuerdo provisional con el Parlamento sobre el Reglamento de 8 de diciembre de 2021, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/12/08/digitalisation-of-justice-council-presidency-and-european-parliament-reach-provisional-agreement-on-e-codex/> (último acceso: 14/10/2023). Además vid. sobre el sistema e-CODEX, Thomas Gottwald, Martin Schneider, Robert Behr y Mathias Maurer, “e-CODEX: A Secure Infra-Structure for Cross-Border Cooperation”, en *European Investigation Order. Where the Law Meets the Technology*, ed. por Maria Angela Biasiotti y Fabrizio Turchi (Cham: Springer, 2023), 53-67, https://doi.org/10.1007/978-3-031-31686-9_6x; Xandra Kramer, “Digitising access to justice: the next steps in the digitilisation of judicial cooperation in Europe”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 56, (2022): 3-4; Rosanna Amato y Marco Velicogna, “Cross-Border Document Service Procedures in the EU from the Perspective of Italian Practitioners—The Lessons Learnt and the Process of Digitalisation of the Procedure through e-CODEX”, *Laws* 11, n° 6 (2022): 4-6, <https://doi.org/10.3390/laws11060081>; András Osztoivits, “The Present and Possible Future of Judicial Cooperation in Civil Matters”, en *The Policies of the European Union from a Central European Perspective*, ed. András Osztoivits y János Bóka, (Budapest: Miskolc, Central European Academic Publishing, 2022), 248-249, https://doi.org/10.54171/2022.aojb.poeucep_12; Sergio Carrera, Valsamis Mitsilegas y Marco Stefan, *Criminal Justice, Fundamental Rights...*, cit., 27-30, entre otros.

²⁹ Vid. art. 1.7), entre otros, del Reglamento e-Codex.

los intercambios en el ámbito de la cooperación judicial, orden europea de investigación (en adelante, OEI) y la asistencia mutua en asuntos penales, a través de la aplicación EVIDENCE2 e-CODEX, resultado de la fusión de los Proyectos Evidence y e-CODEX³⁰.

Al margen de este sistema de intercambio digital de pruebas electrónicas, tenemos que hacer referencia a la Plataforma SIRIUS, ejecutada conjuntamente por Europol y Eurojust, en estrecha colaboración con la Red Judicial Europea, para el acceso a las pruebas electrónicas en las investigaciones penales, que permite afrontar la complejidad de la investigación en internet y compartir experiencias entre las autoridades³¹. Pensamos que lo lógico sería que SIRIUS migrara a e-CODEX, además creemos que no sería casual la denominación de este último, pues sería necesario poner orden y unificar, por tanto, efectuar una auténtica codificación en materia de sistemas informáticos en el ELSJ, ante la proliferación de sistemas con diverso grado de desarrollo o evolución e incluso fundamentos diferentes, pero con la misma finalidad, lo cual consideramos que dificultaría tanto la interoperabilidad como el propio desarrollo de dichos sistemas, además de obstaculizar la propia adaptación, aprendizaje y la necesaria formación permanente de los operadores jurídicos que trabajen con los mismos.

En este sentido, destacamos que en esta materia existe además el sistema e-EDES solución proveída por la Comisión Europea orientada principalmente al intercambio de OEIs, aunque también permite el intercambio de otros instrumentos en el ámbito de la asistencia judicial mutua y la notificación de la intervención de telecomunicaciones³², concibiéndose por tanto igualmente el Portal e-EDES para la trasmisión de la prueba electrónica. En España se soporta en el punto de acceso e-CODEX alojado en el punto de Acceso General de la Administración de Justicia, como soporte para el intercambio de OEIs y sus correspondientes pruebas, del Ministerio de Justicia, compuesto por dos componentes: Gateway y Conector, que habilita el intercambio de mensajes entre los diferentes Estados miembros europeos con todas las garantías necesarias, tanto en materia de seguridad como

³⁰ Cfr. <https://evidence2e-codex.eu/a/matching-evidence-to-ecodex> (último acceso: 14/10/2023).

³¹ Vid. <https://www.europol.europa.eu/activities-services/sirius-project> (último acceso: 14/10/2023).

³² Cfr. Djamilia Ben Miloud y Cristian Nicolau, “e-Evidence Digital Exchange System (eEDES)”, en *European Investigation Order. Where the Law Meets the Technology*, ed. por Maria Angela Biasiotti y Fabrizio Turchi (Cham: Springer, 2023), 69 ss., https://doi.org/10.1007/978-3-031-31686-9_7.

de índole jurídica³³. Conforme a la PRDIG, e-EDES junto con el sistema informático concebido para la notificación y el traslado de documentos o la obtención de pruebas, constituirán la base para la creación del sistema informático de referencia que la Comisión proporcionará a los Estados que no hayan desarrollado sistemas nacionales para la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia³⁴. Comprobamos como se está llevando una importante convergencia de los sistemas actualmente en e-CODEX, lo cual solventaría los problemas de interoperabilidad y desarrollo, entre otros, al igual que facilitaría la propia formación en la materia de las autoridades y operadores jurídicos implicados antes referida, entre otras relevantes ventajas.

Ello contrasta con las rudimentarias herramientas que ofrece la web de la Red Judicial Europea en materia penal (*European Judicial Network*), que durante años se ha limitado a ofrecer información sobre extremos como los puntos de contacto, formularios, órdenes, etc. Incluso resulta sorprendente que en la actualidad aún aparezcan herramientas de comunicación tan anquilosadas como el fax en el apartado “Atlas”, para comunicarse con la autoridad competente del Estado receptor de un instrumento de reconocimiento mutuo, junto con la dirección postal, el teléfono y el correo electrónico, mecanismos a través de los que se enviarían los formularios u órdenes, cumplimentados manualmente³⁵. En consecuencia, es urgente establecer un moderno sistema de comunicación síncrona, asíncrona y de transmisión de datos, lo cual fortalecería la eficiencia de la cooperación judicial en la UE. También tenemos la web de la Red Judicial Europea en materia

³³ Vid. <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-portal-eedes> (último acceso: 14/10/2023). Actualmente en España está implantado en la Unidad de Cooperación Jurídica Internacional de la Fiscalía General del Estado (UCIF) y en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, estrenándose con una OEI enviada en mayo de 2022 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional a la Fiscalía de Colonia (Alemania). Está prevista la progresiva ampliación del Portal e-EDES a todos los Juzgados y Fiscalías competentes, al igual que ampliar su ámbito de aplicación a otros instrumentos.

³⁴ Vid. aptdo. 4 “Repercusiones Presupuestarias”, de la Exposición de Motivos de la PRDIG presentada por la Comisión Europea.

³⁵ Como podemos comprobar en: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/Home/EN> (último acceso: 14/10/2023). La web, actualizada bajo la Presidencia checa en 2023, no constituye una herramienta de digitalización sino básicamente una fuente de información, que durante años no ha sido modernizada ni ha evolucionado, hacia lo que debería ser una auténtica útil aplicación de comunicación e intercambio de información y de datos. Permite por ejemplo escanear una firma digital, en lugar de la utilización de códigos seguros de verificación o de sistemas de autenticación encriptados, entre otros, lo cual sería coherente con el Reglamento eIDAS, Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza.

civil y mercantil, que ofrece formularios en línea e información al ciudadano sobre la situación actual de las notificaciones por vía electrónica en los respectivos sistemas nacionales³⁶, si bien presenta aún indudables carencias, dado que en gran medida la digitalización depende de los propios Estados, lo cual constituye una gran tarea pendiente. Por otro lado encontramos el portal e-Justice³⁷, el cual está más avanzado e incluso quizá constituyó un destacable paso en los inicios de la digitalización de la cooperación judicial y acceso a la justicia en asuntos civiles y mercantiles, como hemos tratado *ut supra*, si bien es indudable que es necesario progresar hacia un nuevo sistema único y vanguardista que adquiera el carácter de constituir una auténtica herramienta digital de transmisión y comunicación codificada, que no se limite fundamentalmente a proporcionar información básica, como hasta ahora. Precisamente resaltamos que el punto único de acceso europeo fundamentado en e-CODEX, se alojará en el portal e-Justice³⁸, lo cual sin duda fortalecerá esta herramienta y coadyuvará a su propia evolución.

Como hemos visto, la Agencia eu-LISA está asumiendo la gestión de e-CODEX, habiendo incorporado el Reglamento e-CODEX reglas para proteger la independencia del Poder Judicial y la estructura de gobierno y gestión de e-CODEX dentro de eu-LISA³⁹. La Agencia eu-LISA posee un papel fundamental en la estrategia de digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, siendo esencial en la implantación de la nueva arquitectura informática en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, además de ostentar la responsabilidad de la gestión e interoperabilidad de los sistemas de información del ELSJ. Fue creada en 2011 y entró en funcionamiento el 1 de diciembre de 2012. En el ELSJ encontramos una enorme variedad de sistemas, con diversas finalidades. Se trata del Sistema de Información de Schengen (SIS II), del Sistema de Información de Visados (VIS), del Sistema de gestión de las solicitudes de asilo europeas (EURODAC), del Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV), del Sistema de Entradas y Salidas de los nacionales de terceros países, del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y de los datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR). eu-LISA es la Agencia de la UE encargada de gestionar los sistemas informáticos de gran magnitud utilizados para las políticas de gestión de fronteras, migración y cooperación

³⁶ Cfr. https://e-justice.europa.eu/21/ES/european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters (último acceso: 14/10/2023).

³⁷ Cfr. <https://e-justice.europa.eu/home?action=home&plang=es> (último acceso: 14/10/2023).

³⁸ *Vid.* art. 4 del PRDIG.

³⁹ *Vid.* arts. 13 y 14 del Reglamento e-CODEX.

policial, habiéndose incrementado desde 2018 su capacidad para la gestión de estas políticas, con el Reglamento (UE) 2018/1726⁴⁰.

Una cuestión fundamental en este ámbito, consiste en la implementación de mecanismos para conseguir el objetivo de la interoperabilidad de los referidos sistemas y que sea factible el intercambio de información, ya que los sistemas de información de la UE utilizados por las autoridades para luchar contra la delincuencia, controlar las fronteras y gestionar los flujos migratorios no estaban interconectados, existiendo el riesgo de que se produzcan lagunas de información. Ello constituye tanto la finalidad del Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 (fronteras y visado) como del Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo (cooperación judicial y policial, migración y asilo), ambos de 20 de mayo de 2019⁴¹. La interoperabilidad de los sistemas de información permitirá que los mismos se complementen, facilitando la identificación de las personas y la lucha contra la usurpación de identidad. Con base en los datos biográficos y biométricos archivados en diversos sistemas, se crea un portal europeo de búsqueda, un servicio de correspondencia biométrica compartido, un registro común de datos de identidad y un detector de identidades múltiples, con vínculos blancos, amarillos, rojos y verdes⁴².

No obstante, observamos que podríamos estar ante soluciones transitorias, dado que quizás para la eficiencia de la digitalización en el ELSJ, lo que sería realmente beneficioso y coadyuvaría a la seguridad jurídica, sería que existiera un único sistema de información codificado, que solvente la actual dispersión existente en la materia. Los actuales sistemas se han ido creando en distintos momentos y con finalidades diferentes y específicas.

⁴⁰ La sede principal de la Agencia eu-LISA está en Tallin (Estonia), con sede operativa en Estrasburgo (Francia) y sede de reserva en Sankt Johann im Pangau (Austria). *Cfr.* <https://www.eulisa.europa.eu/> (último acceso: 14/10/2023). Se regula por el referido Reglamento (UE) 2018/1726, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA) y, por el que se modifican el Reglamento (CE) n° . 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y, se deroga el Reglamento (UE) n° . 1077/2011.

⁴¹ *Cfr.* comunicado de prensa del Consejo de la UE de 14 de mayo de 2019: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/05/14/interoperability-between-eu-information-systems-council-adopts-regulations/> (último acceso: 14/10/2023).

⁴² *Vid.* sobre la interoperabilidad de los sistemas y la detección de identidades múltiples, Niovi Vavoula, "Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Rights to Privacy and Personal Data Protection of Third-Country Nationals?", *European Public Law* 26, n° 1 (2020): 139-140, 145, <https://doi.org/10.54648/euro2020008>.

Consideramos que en gran medida podríamos estar en los albores de la eficiencia digital del ELSJ, siendo necesario avanzar en la creación de herramientas codificadas que superen el mero concepto de la interoperabilidad⁴³, lo cual podría de algún modo podría generar importantes beneficios para las autoridades, instituciones, operadores jurídicos, la propia ciudadanía, e incluso coadyuvaría a que el objetivo de la digitalización en el ELSJ nunca vaya en detrimento del respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales, lo cual podría constituir un retroceso imperdonable en el ELSJ además de repercutir en el éxito de su propia arquitectura digital. Quizá la codificación y ordenación de los sistemas de información, se podría conseguir integrándolos en la arquitectura del sistema e-Codex, nomenclatura que como decíamos, no sería casual.

En esta materia es fundamental, además, proteger la ciberseguridad, ámbito en que el marco europeo ostenta un papel primordial, como se refleja entre otros instrumentos, en la “Resolución sobre la estrategia de ciberseguridad de la UE para la década digital” adoptada por el Parlamento en junio de 2021, en el Reglamento (UE) 2019/881 relativo a ENISA (Agencia de la UE para la Ciberseguridad) y en la reciente aprobación el 7 de marzo de 2023, del Reglamento (UE) 2023/588, por el que se establece el Programa de Conectividad Segura de la Unión para el período 2023-2027 (IRIS)⁴⁴. Obviamente, en esta última materia los Estados constituyen claros destinatarios y beneficiarios del nuevo marco sobre ciberseguridad, además del propio ELSJ como tal.

⁴³ Pero existen opiniones reticentes respecto a los efectos de la interoperabilidad de sistemas de información con finalidades diferentes en el ELSJ, dado que ello podría repercutir en el respeto de los específicos fines de cada sistema informático concreto. En este sentido, *vid.* Sergio Carrera, Valsamis Mitsilegas y Marco Stefan, *Criminal Justice, Fundamental Rights...*, *cit.*, 50-53, que plantean interesantes cuestiones respecto a la interoperabilidad de e-CODEX con los sistemas hasta ahora gestionados por eu-LISA, dado que éstos poseen finalidades diferentes a las de e-CODEX, tras la supresión por la Comisión y los Estados del “cortafuegos” que existía entre éste y los otros sistemas, antes del traspaso de la gestión a eu-LISA, lo cual puede generar problemas desde la perspectiva de la limitación de la finalidad específica de e-CODEX, si bien parece estar claro que el objetivo final de la UE consiste en la consecución de la efectiva interoperabilidad de los sistemas.

⁴⁴ *Vid.* al respecto, el comunicado de prensa del Consejo de la UE de 7 de marzo de 2023: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/03/07/secure-space-based-connectivity-programme-council-gives-its-final-approval/> (último acceso: 14/10/2023). El Reglamento IRIS es fundamental para la transición digital de la UE y la estrategia de puerta de enlace global de la UE, con tecnologías de cifrado avanzado tales como la criptografía cuántica, con la finalidad de garantizar servicios de comunicación rápidos y seguros incluso cuando las redes de comunicación terrestres se han visto interrumpidas. Todo ello refleja nuevamente, la importancia de la fortaleza, resiliencia y mejora continua de la arquitectura digital de la UE.

De cualquier forma, nunca se debe permitir que los objetivos de digitalización y eficiencia en el ELSJ, entorno por otro lado dominado por el “dogma seguridad”, como hemos visto, supongas una reducción del marco de derechos fundamentales y garantías de la ciudadanía, yendo en detrimento de las salvaguardas o permitiendo un acceso injustificado a los datos, sino que por el contrario en todo caso debería servir para fortalecerlo, consolidarlo e incluso homogeneizarlo dentro del ELSJ, lo cual tendría además importantes beneficios para la construcción del Derecho procesal europeo⁴⁵. Son necesarias las cautelas pertinentes, para evitar que los sistemas gestionados por agencias como eu-LISA o ENISA, puedan convertirse en una suerte de “Gran Hermano” digital que pueda conculcar los principios y derechos consagrados en instrumentos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE).

Hemos visto el contexto legislativo e infraestructura digital en el ELSJ, ámbito en el que la UE de forma proactiva, ha adoptado numerosos e importantes actos, instrumentos e iniciativas legislativas. A continuación, vamos a tratar la PRDIG, si bien ya hemos anticipado numerosas cuestiones al respecto, contextualizándolas en el ámbito del ELSJ, al constituir instituciones, actos e instrumentos fundamentales para afrontar el reto de la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en la UE.

III. LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS CIVILES, MERCANTILES Y PENALES

1. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO

Como hemos visto, esta materia específica se contempla en la PRDIG, que constituye un Reglamento de carácter horizontal y junto con la correlativa propuesta de Directiva, modifica con la finalidad de implantar el mecanismo de la digitalización, los actuales instrumentos de reconocimiento mutuo además de otros de diversa naturaleza, habiéndose concebido además para que tenga un impacto directo en los ordenamientos de los Estados miembros, aspecto que resulta especialmente relevante. Los déficits en materia de digitalización no existen únicamente a nivel de la cooperación judicial

⁴⁵ Sobre el concepto de “Derecho procesal europeo”, *vid.* Mar Jimeno Bulnes, *Un proceso europeo para el siglo XXI* (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011), 18-21, que destaca la europeización de las materias jurídicas en términos materiales y procedimentales y la influencia de la UE en el Derecho procesal de los Estados, entre otras relevantes conclusiones.

y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos⁴⁶, sino que podemos afirmar que son incluso más apremiantes en los Estados miembros, como sucede por ejemplo en España, donde parece constituir un problema endémico, de lo cual se ha hecho eco el Plan de Trabajo común Justicia 2030, como referiremos más adelante.

La PRDIG afronta los retos de poner fin a la cooperación judicial transfronteriza con un sistema ineficaz y solventar los obstáculos del acceso a la justicia, desde una perspectiva garantista además de respetuosa de la soberanía de los Estados. Entre sus objetivos destacamos en primer lugar, que favorecerá que las partes puedan comunicarse directamente con las autoridades judiciales a través de medios electrónicos y ejercitar acciones en otro Estado miembro, salvo en lo regulado en la normativa sobre la notificación y traslado de documentos. En segundo lugar, permitirá que se puedan celebrar vistas orales a través de videoconferencia, con fines diferentes a la obtención de pruebas en asuntos civiles y mercantiles (ello se regula por el Reglamento (UE) 2020/1783⁴⁷), para que los procedimientos sean más rápidos y menos itinerantes. En tercer lugar, hará posible que se puedan transferir solicitudes, documentos y datos de forma digital entre autoridades competentes, acabando con el uso del papel⁴⁸. Como se observó en el Informe de Evaluación de Impacto de la Comisión que acompañó a la PRDIG y la paralela propuesta de Directiva, la transmisión en papel es lenta, poco confiable y especialmente vulnerable a las crisis. Además el uso predominante del papel puede coartar el acceso a la justicia, sobre todo en asuntos transfronterizos dadas las distancias geográficas y las diferencias

⁴⁶ El problema estriba como se razona en la Exposición de Motivos de la PRDIG presentada por la Comisión “1. Contexto de la Propuesta”, en que, si bien en la UE existe un conjunto de instrumentos concebidos para la mejora de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos civiles, mercantiles y penales transfronterizos, la comunicación entre las autoridades e incluso con órganos y organismos de la UE, además de entre las autoridades y las personas físicas y jurídicas, en dichos instrumentos no se contempla a través de mecanismos digitales. Del mismo modo, cuando se consideran dichos medios digitales de comunicación, existen lagunas dada la carencia de canales digitales de comunicación seguros y fiables, o bien la ausencia de reconocimiento de documentos, firmas y sellos electrónicos. Ello supone un obstáculo para la utilización de canales de comunicación eficaces, seguros y fiables en el ámbito de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, siendo ésta en consecuencia, la gran problemática que pretende solventar la PRDIG.

⁴⁷ Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (versión refundida).

⁴⁸ *Cfr.* Respecto a dichos objetivos, “Razones y objetivos de la Propuesta”, párrafo 7, entre otros, de la Exposición de Motivos de la PRDIG y el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 1 de diciembre de 2021, anteriormente referido: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6387 (último acceso: 14/10/2023).

lingüísticas, entre otros obstáculos, situación que perjudica especialmente a las personas vulnerables o con discapacidad⁴⁹.

Estudiaremos los tres objetivos referidos de forma conjunta en las materias civil y mercantil y penal, considerando aquellas instituciones exclusivas para las dos primeras materias o bien para la tercera, del mismo modo que los aspectos en común y las diferencias o especialidades, derivadas de la específica naturaleza de cada materia respectiva, lo cual resulta más gráfico y refleja los estándares mínimos específicos que deben considerarse en cuanto al respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

La PRDIG posee como base jurídica, los arts. 81.1 y 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, junto con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, conforme al art. 5 del Tratado de la Unión Europea⁵⁰. Se establece un sistema informático descentralizado, que tendrán que comenzar a utilizar los Estados a los dos años de la adopción por la Comisión de los “actos de ejecución” (art. 12 PRDIG), compuesto por los sistemas de los Estados miembros y los órganos u organismos de la UE y por los puntos de acceso interoperables (art. 3 PRDIG), canal electrónico seguro basado en e-CODEX (considerando 6 Preámbulo PRDIG). La PRDIG en consecuencia, es respetuosa con la soberanía de los Estados, no habiéndose optado por un sistema centralizado en la UE, al ser complicado justificarlo desde la perspectiva de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, como se razona en la Evaluación inicial de Impacto efectuada por la Comisión, por lo que los Estados podrán utilizar sus propios sistemas informáticos, si bien los tendrán que modernizar e interconectar⁵¹.

La Comisión creará y mantendrá un sistema informático de referencia que de forma gratuita los Estados podrán utilizar en lugar del nacional (art. 13 PRDIG), lo cual sin duda además de reducir costes, permitirá una más ágil y homogénea gestión de los asuntos. De todos modos, la creación por los Estados de un canal digital, requiere inversiones para que interactúe con

⁴⁹ *Vid.* “Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Informe de Evaluación de Impacto”, Bruselas, 1.12.2021 SWD(2021) 392 final, pp. 12-14. Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/digitalisation-cross-border-judicial-cooperation_en (último acceso: 14/10/2023).

⁵⁰ *Cfr.* el apartado “2. Base jurídica, subsidiariedad y proporcionalidad”, Exposición de Motivos y considerando nº 32 del Preámbulo de la PRDIG presentada por la Comisión Europea.

⁵¹ Al respecto, Xandra Kramer, “Digitising access to justice...”, *cit.*: 6. La Comisión Europea considera que es necesario un “enfoque común”, dado que dejar que los Estados miembros desarrollen sus propias soluciones informáticas nacionales provoca fragmentación y conlleva el riesgo de incompatibilidad. La Comisión parece “cojear” un poco entre la necesidad de cooperación judicial en casos transfronterizos y la necesidad inherente de mejorar la digitalización de la justicia a nivel nacional y, dada la base legislativa del Reglamento, no es difícil que ello provoque “cierta fricción”.

e-CODEX (solución de código abierto que puede utilizarse gratuitamente⁵²), lo cual creemos que tendrá una positiva repercusión en la digitalización a escala nacional. Al apostarse por técnicas de comunicación confiables, la interconexión y el uso de canales de transmisión seguros, será necesario que cada Estado modernice y digitalice sus respectivos sistemas de Justicia, por lo que desde este punto de vista la PRDIG tendría un efecto al menos aproximador en la materia, siendo especialmente relevante para ello, tanto que los sistemas informáticos de los Estados interactúen con e-CODEX, como que éste constituya la base del canal electrónico seguro, como acabamos de ver. No obstante, observamos que la proliferación de sistemas análogos en los diversos Estados con la misma finalidad, repercutiría negativamente en la seguridad jurídica e incluso en la propia interoperabilidad, dado el modelo básico de “digital por defecto”⁵³ que se establece en la PRDIG. Como hemos visto los Estados tendrán disponible el sistema gratuito creado por la Comisión, por lo que pensamos que, en principio, no estarían claras las razones de éstos para no implantarlo, pues en absoluto estamos ante una materia que fuera equiparable a otros ámbitos procesales en los que los Estados se resisten a ceder parcelas de su soberanía, como sucede con el ejercicio del *ius puniendi*. Quizá la falta de una política legislativa clara al respecto e incluso la propia falta de interés por parte de los Estados miembros, podrían constituir los motivos de ello.

La utilización por las personas físicas y jurídicas del punto de acceso electrónico europeo, para comunicarse con las autoridades judiciales y realizar actos procesales en materia civil y mercantil, será facultativa, siendo necesario que lo consientan expresamente. Dicho punto de acceso, con cuyos gastos correrá la Comisión, forma parte del sistema informático descentralizado que deberá alojarse en el portal e-Justice, sirviendo como “ventanilla única” (art. 4 PRDIG), como hemos anticipado. Sin embargo, la comunicación digital será obligatoria⁵⁴ entre órganos jurisdiccionales y autoridades competentes (art. 3 PRDIG), que tendrán además que aceptar la comunicación electrónica de personas físicas y jurídicas, conforme al

⁵² Vid. “4. Repercusiones presupuestarias” de la Exposición de Motivos PRDIG presentada por la Comisión.

⁵³ Cfr. entre otros, el considerando nº 1 del Preámbulo de la PRDIG y su referencia a la Comunicación de 2 de diciembre de 2020 sobre la digitalización de la Justicia en la UE.

⁵⁴ Vid. Elena Alina Onjanu, “The Digitalisation of European Union Procedures: A New Impetus Following a Time of Prolonged Crisis”, *Law, Technology and Humans* 5, nº 1 (2023): 98-99. <https://doi.org/10.5204/lthj.2706>. Destaca que antes de la Covid 19 los medios de comunicación digital entre autoridades implicadas en la cooperación judicial, en la práctica eran raramente utilizados de forma voluntaria, constituyendo un indudable progreso que ello cambie con la PRDIG.

Reglamento eIDAS (art. 9 PRDIG). La digitalización del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos, reducirá los costes de los procesos al igual que su duración⁵⁵, beneficios que observamos favorecen los objetivos de la eficiencia procesal y digital y que obviamente, también se obtendrían con la digitalización de los sistemas procesales nacionales.

Pero advertimos que estas facilidades, pueden conllevar el riesgo de que se “incentive” litigar transfronterizamente y se incremente el volumen de asuntos, dado el escaso éxito actual de determinados instrumentos cooperación judicial en materia civil y mercantil, como sucedería por ejemplo con los procesos de escasa cuantía y monitorio europeos, por lo que no se debe hacer una “foto fija” de la litigiosidad transfronteriza actual. Respecto a esta reflexión, desde una perspectiva más holística no hay que olvidar, la potenciación de los métodos adecuados de solución de controversias (MASC), tales como la mediación electrónica por parte del legislador europeo⁵⁶, lo cual podría igualmente repercutir en el volumen real de asuntos transfronterizos civiles y mercantiles actuales. Ello también tiene su reflejo en los sistemas internos de los Estados. De hecho, por ejemplo, el legislador español apostó en gran medida por los MASC en materia civil y mercantil como mecanismos para evitar el proceso jurisdiccional y reducir el número de asuntos por resolver en la Administración de Justicia, en el “decaído” Proyecto de Ley relativo a la eficiencia procesal, MASC por los que el Estado español apuesta de forma clara desde hace años, como se comprueba en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Como decíamos la PRDIG en primer lugar, permitirá la incoación electrónica de procedimientos judiciales transfronterizos y la comunicación digital de las partes con las autoridades judiciales en materia civil y mercantil, además del pago electrónico de tasas (arts. 4 y 9 PRDIG), lo cual se establece de forma facultativa para evitar que se amplíe la “brecha digital”. Ello se considera especialmente relevante para responder a las necesidades de los

⁵⁵ Dichos beneficios contrastan con el reducido coste de su implantación, cifrado en unos 300.000 € anuales por cada Estado, como se refleja en las “Repercusiones presupuestarias” incorporadas en la PRDIG presentada por la Comisión Europea.

⁵⁶ Como se comprueba en materia de consumo en el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE y, en propia la Plataforma *Online Dispute Resolution* (ODR) o Resolución de litigios en línea (RLL) desarrollada por la Comisión Europea: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES> (último acceso: 14 de octubre de 2023), la cual de alguna forma, constituye un importante precedente en materia de acceso digital a la resolución de conflictos, experiencia que consideramos podría ser muy útil para la futura digitalización del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos.

grupos desfavorecidos y las personas en situación de vulnerabilidad que no tuvieran las competencias digitales o los medios técnicos necesarios para el acceso a los servicios digitales, como los menores o las personas de edad avanzada (considerando nº 19 Preámbulo PRDIG). En consecuencia, las autoridades competentes se comunicarán con las personas físicas y jurídicas a través del punto de acceso electrónico europeo, si éstas hubieran dado de forma previa y expresa su consentimiento⁵⁷.

En segundo lugar, se permitirá la audiencia a través de videoconferencia o tecnología de comunicación a distancia análoga, lo cual como hemos visto agiliza el tiempo del procedimiento permitiendo que éste sea menos itinerante. La regulación de la audiencia telemática, posee un tratamiento diferente en los asuntos civiles y mercantiles, respecto a los penales (arts. 7 y 8 PRDIG). No obstante, ésta constituye la innovación respecto a la que tenemos mayores recelos, sobre todo en materia penal, dado que puede repercutir en la tutela judicial efectiva, debiendo realizarse en todo caso con respeto del art. 47 CDFUE. Con carácter general se trata de algo facultativo, supeditándose a la previa petición de parte o de su representante legal o a la autorización en las materias civil y mercantil (art. 7.1 PRDIG). Conforme a dicho precepto, la solicitud se tendrá que presentar en el punto de acceso electrónico europeo o bien en los portales nacionales si dicha tecnología estuviera disponible⁵⁸ y además, tendrá que darse audiencia a la otra parte para que pueda opinar sobre el uso de este instrumento digital. Las autoridades competentes podrán denegar la solicitud si las circunstancias particulares del asunto no fueran compatibles con esta tecnología. No podrá denegarse la audiencia por videoconferencia o tecnología análoga, por inexistencia de normas nacionales que regulen el uso de tecnologías de comunicación a

⁵⁷ Éste es el tenor del art. 5 PRDIG presentada por la Comisión, si bien el mismo ha sido modificado en la orientación general del Consejo, trasladando esta cuestión al art. 4.5 de la propuesta de Reglamento. En el acuerdo provisional entre el Parlamento y el Consejo de 19 de julio, precisamente se fortalecen los derechos de los sujetos privados incorporándose garantías específicas para su consentimiento, tanto en lo que se refiere a los actos de comunicación como respecto al uso de la videoconferencia. No obstante, consideramos que son necesarias cautelas adicionales, para evitar, por ejemplo, que la parte demandada no acceda a las comunicaciones electrónicas con el único fin de ralentizar el procedimiento. De todos modos, estimamos que en todo caso la efectiva puesta en práctica de este nuevo mecanismo de digitalización en la incoación de procedimientos y comunicaciones electrónicas, será el mejor barómetro para medir tanto su éxito como sus debilidades y riesgos.

⁵⁸ *Cfr.* Elena Alina Onjanu, “The Digitalisation of European Union Procedures...”, *cit.*: 102. Cuestiona que no se establezcan normas y requisitos mínimos para el uso de la videoconferencia o tecnología similar, por lo cual el marco jurídico transfronterizo continuará estando fragmentado como consecuencia de la falta de un enfoque armonizado, aspecto que puede crear dificultades, dadas las diferencias entre las normas y soluciones informáticas de los Estados.

distancia⁵⁹. La videoconferencia se practicará en las materias civil y mercantil conforme a la *lex fori*, es decir, la legislación del Estado que la realiza y no la del Estado donde el individuo se encuentre realmente. Por otro lado, en la orientación general de Consejo sobre la PRDIG (art. 7), se establece que la videoconferencia pasaría a ser opcional para las autoridades en lugar de obligatorio a petición de las partes.

En materia penal, la autoridad competente de un Estado miembro podrá solicitar la audiencia del sospechoso, acusado o condenado a través de medios digitales en un acto jurídico del Anexo II PRDIG⁶⁰ (art. 8). Ello se entenderá sin perjuicio de las disposiciones que regulan la videoconferencia o tecnología análoga, en los referidos actos jurídicos del Anexo II, por lo cual se respetan las disposiciones específicas sobre la materia, que se contemplan en los mismos⁶¹. Se requiere además de que tecnológicamente sea viable, que esté justificado en un caso particular, además del expreso consentimiento del investigado, acusado o condenado, estando previsto que pueda

⁵⁹ Esta última precisión se realiza en el considerando nº 21 del Preámbulo de la PRDIG, por lo que en este sentido el futuro Reglamento podría tener un efecto al menos mínimamente aproximador, entre las regulaciones de los ordenamientos internos de los Estados miembros, el cual obviamente en absoluto sería equiparable al necesario enfoque armonizado que acabamos de referir.

⁶⁰ Se trata de los actuales instrumentos de cooperación judicial en materia penal que se modifican por la PRDIG y por la propuesta de Directiva, además de la Decisión Marco 2002/465/JAI, sobre equipos conjuntos de investigación, si bien esta última se suprime en la orientación general del Consejo sobre la PRDIG.

⁶¹ *Vid.* Alejandro Hernández López, “La digitalización de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: propuestas y perspectivas legislativas”, en *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, dir. por Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho y Esther Pillado González (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2023), 291-292. Observa que la regulación de la videoconferencia en la PRDIG, tendrá que respetar las concretas regulaciones sobre la materia en los actos jurídicos del Anexo II, limitándose en consecuencia su ámbito de aplicación material. En concreto, hace referencia a la Directiva OEI, cuyo art. 24 regula la comparecencia a través de videoconferencia de testigos, peritos, investigados y acusados, en la cual la ausencia de consentimiento del investigado o acusado constituye un motivo de denegación potestativo, a diferencia de la PRDIG. Ello conlleva que la aplicación de dicho motivo de denegación, dependerá de la norma de transposición del Estado específico de que se trate y de su propia práctica judicial. Igualmente resalta que la Directiva OEI no establece nada sobre cómo y cuándo se prestará dicho consentimiento y sobre si tiene que realizarse con asistencia letrada, lo cual se reproduce en la norma de transposición española, donde dicha falta de consentimiento constituye igualmente una causa de denegación facultativa. Compartimos la opinión del citado autor, que resalta que la PRDIG en su regulación de la videoconferencia al poseer un carácter subsidiario, permitiría regulaciones menos garantistas, lo cual considera erróneo, dado que la regulación más garantista de la PRDIG en esta materia, estaría en consonancia tanto con la postura del CEPEJ (Comisión Europea para eficiencia de la Justicia) como con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

solicitar el asesoramiento de un abogado⁶² para que su consentimiento sea libre e informado y cuando un menor participe, se informará a los titulares de la patria potestad, decidiendo la autoridad conforme al interés superior del menor. En la orientación general del Consejo sobre la PRDIG, se precisa que en materia penal “no se debe” utilizar la videoconferencia a efectos de obtención de prueba, ni de celebración de juicios que puedan dar lugar a una resolución sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado⁶³, sino para la audiencia de las partes⁶⁴.

Se garantizará la confidencialidad de la comunicación entre los sospechosos, acusados, condenados y sus abogados, antes y durante la audiencia por medios tecnológicos, la cual tendrá lugar conforme a la *lex fori*, del mismo modo que la videoconferencia en materia civil y mercantil. De forma expresa se prevé la grabación de la videoconferencia o declaración a través de medios técnicos, si el ordenamiento interno de un Estado miembro prevé la grabación de audiencias para asuntos nacionales, debiendo adoptarse por los Estados las medidas necesarias para la protección de la grabación e impedir su pública difusión, grabación que, por otro lado, no está prevista para la audiencia por medios electrónicos en materia civil y mercantil. Respecto a la postura del Parlamento Europeo, hay que resaltar que en las enmiendas sobre la regulación de la audiencia a través de videoconferencia o tecnología similar, ésta no se limita a los sospechosos, acusados o condenados, sino que también se extiende a las personas directamente implicadas o pertinentes para los procesos penales, por lo que también se incluirían a los testigos, peritos y víctimas, por tanto, como medio de prueba⁶⁵. Ello que no está previsto ni en la PRDIG de la Comisión ni en la orientación general

⁶² Esta previsión del asesoramiento de abogado, únicamente se contempla en la PRDIG de la Comisión, habiéndose omitido en el art. 8 de la orientación general del Consejo sobre la PRDIG.

⁶³ Precisión introducida por el Consejo en el considerando nº 21 bis ter de la Exposición de Motivos de la orientación general de la PRDIG. Vemos en consecuencia cómo ello no se contempla con la misma taxatividad que en materia civil y mercantil, donde de forma expresa se remite a efectos de obtención de pruebas, al Reglamento (UE) 2020/1783, pareciendo formularse de manera potestativa (“no se debe” utilizar la videoconferencia), en lugar de en términos de prohibición absoluta.

⁶⁴ En España la postura del legislador en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, fue muy diferente. Destaca Vicente Magro Servet, “Optimización del uso de la videoconferencia en la Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *Práctica de Tribunales*, nº 159 (2022): 3-6, que se potencia la videoconferencia para todos los órdenes jurisdiccionales, permitiéndose para la práctica de la prueba e incluso, estableciéndose de oficio respecto a la declaración de víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos y menores de edad o con discapacidad.

⁶⁵ Enmienda nº 36, del Informe conjunto de las Comisiones JURI y LIBE, de 14 de octubre de 2022. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739256/EPRS_BRI\(2022\)739256_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739256/EPRS_BRI(2022)739256_EN.pdf) (último acceso: 14 de octubre de 2023).

del Consejo, consideramos que podría ser un error, al concebir claramente la videoconferencia como medio de prueba, por lo que se desnaturalizaría la concepción inicial de este instrumento.

Pero sin duda alguna, la audiencia a través de videoconferencia o tecnología análoga⁶⁶, repercute en la intermediación judicial y afecta a importantes rasgos de la comunicación tanto verbal como no verbal que podrían perderse, por lo que no es idéntica ni equiparable a una audiencia en persona. A veces son tímidas las fronteras que delimitan la audiencia de las partes de la propia fuente de prueba o de la posibilidad de que conlleve la absolución o condena, pues constituye un acto procesal que puede repercutir en la convicción judicial. Además, en el proceso penal la audiencia por este medio podría conllevar la adopción de una medida cautelar de carácter personal. Ello puede afectar de forma clara tanto a la intermediación judicial como al principio de audiencia o contradicción. Consideramos que la audiencia electrónica deberá hacerse conforme al principio de proporcionalidad, ponderando el sacrificio de los derechos afectados con los fines que se pretenden conseguir. Una visión puramente de “economía procesal”, puede dañar severamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

No obstante, a pesar de no ser obligatorio para las partes, salvo la precisión introducida por la orientación general del Consejo sobre la PRDIG, relativa a que podrá no ser necesario el consentimiento del investigado, acusado o condenado si la persona supusiera una amenaza contra la seguridad o salud pública⁶⁷, nos planteamos si la videoconferencia debería ser excepcional ante supuestos extraordinarios e incluso limitarla a asuntos de menor magnitud como los civiles y mercantiles de escasa cuantía y a los penales que entren dentro de la denominada “criminalidad de bagatela”. Para ello debería delimitarse una cuantía litigiosa específica como límite *ad quem* en materia civil y mercantil, del mismo modo que establecerse en materia penal un límite penológico *ad quem*, que determine claramente este tipo de infracciones penales, lo cual evitaría posibles vulneraciones del principio de proporcionalidad. La apuesta por la audiencia a través de videoconferencia o tecnología similar, estimamos que nunca debe constituir “un camino de

⁶⁶ Respecto a la audiencia por videoconferencia en asuntos transfronterizos, *vid.* Sergio Carrera, Valsamis Mitsilegas y Marco Stefan, *Criminal Justice, Fundamental Rights...*, *cit.*, 44-45, que resaltan que su principal ventaja consistiría en evitar que las órdenes europeas de detención y entrega se utilicen de forma desproporcionada para trasladar al sospechoso o acusado, respecto a lo cual ya existe experiencia previa con la emisión de la OEI con esta finalidad. Pero igualmente advierten que en modo alguno es equiparable la audiencia por videoconferencia de la persona sospechosa o acusada a su presencia física en una audiencia ante el Juez o Tribunal.

⁶⁷ *Vid.* art. 8.1.c) de la orientación general del Consejo sobre la PRDIG.

ida sin retorno” que produjera daños irreparables en la tutela judicial efectiva y menos aún, generalizarse su práctica de tal forma que la audiencia presencial fuera excepcional. En la política de “digitalización por defecto”, es necesario ser cautos con extenderla a determinadas actuaciones procesales relevantes, como sucedería con la audiencia a través de instrumentos tecnológicos.

En este sentido, el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), observó respecto a la audiencia por videoconferencia o tecnología análoga, que la redacción utilizada por la Comisión, que permite su uso “siempre que sea posible”, es inapropiada y puede conducir a resultados arbitrarios, además de que el uso de la videoconferencia debe acompañarse de salvaguardas específicas y reglas de procedimiento para proteger los derechos de las partes. El CCBE fundamenta ello en el ejemplo de partes que no sean hablantes nativos, supuesto en el que el Juez, Fiscal y Abogado, no podrá examinar fácilmente los matices de la comparecencia si se realiza a través de medios tecnológicos. Además el CCBE considera importante que se desarrollen normas mínimas obligatorias relativas a las disposiciones técnicas respecto al uso de la videoconferencia, para garantizar la plena comunicación e interacción con la persona examinada, protegerla de accesos indebidos (hacking), además de proteger el secreto profesional y garantizar que el abogado participe en una audiencia telemática, para la defensa de los intereses de sus clientes⁶⁸. Nosotros estamos de acuerdo con estas valoraciones pues como acabamos de señalar, podría imponerse este tipo de audiencia por defecto, generalizándose la misma incluso por razones de economía procesal, por tanto, de índole práctica.

En tercer lugar, se introduce la transmisión digital de solicitudes, formularios y documentos⁶⁹ entre las autoridades nacionales competentes y los

⁶⁸ Cfr. “Comentarios del CCBE a la Comunicación sobre la digitalización de la justicia en la Unión Europea” de 26 de marzo de 2021, 6-7, disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/01/Comentarios-CCBE-sobre-la-Comunicacion-sobre-la-Digitalizacion-de-la-Justicia-en-la-UE.pdf> (último acceso: 14/10/2023).

⁶⁹ Vid. Elena Alina Onțanu, “The Digitalisation of European Union Procedures...”, *cit.*: 101. Conforme al art. 2.3 PRDIG, se trataría de documentos escritos o copias escaneadas en papel. La PRDIG se refiere a “documentos electrónicos” en lugar de a “pruebas”, probablemente porque el intercambio electrónico de documentos se realizará a través de un sistema informático descentralizado y no sólo incluirá material probatorio. Ello debe efectuarse en concordancia con el art. 10 PRDIG, que obliga a las autoridades a no denegar efectos jurídicos a los documentos electrónicos o a considerarlos inadmisibles en un procedimiento debido su formato digital. La PRDIG utiliza una definición más restringida del documento electrónico que el Reglamento eIDAS, que incorpora como tales a “cualquier contenido almacenado en forma electrónica, en particular texto o grabación sonora, visual o audiovisual” (art. 3, 35).

órganos u organismos de la UE, de forma obligatoria y salvo imposibilidades técnicas que conlleven la interrupción del sistema informático descentralizado o bien por la naturaleza del material transmitido o circunstancias excepcionales, supuestos en los que la transmisión se realizará de forma alternativa por el método más rápido y adecuado, debiendo garantizarse un intercambio rápido y fiable⁷⁰ (art. 3 PRDIG). Ello estimamos que sin duda requiere una valoración muy positiva, del mismo modo que la comunicación electrónica con las partes procesales que hemos tratado en primer lugar. No obstante, creemos como hemos señalado *ut supra*, que en este ámbito es fundamental conseguir la propia ordenación, interoperabilidad e incluso “codificación”, de los sistemas y herramientas digitales en el ELSJ, conforme a la arquitectura del sistema e-CODEX, además de fortalecer la resiliencia del sistema, la transmisión digital segura, la verificación y autenticación, la protección de cadena de bloques, la propia cadena de custodia digital y la prevención de ciberataques. La transmisión digital segura constituye una mejora considerable, permitiendo una más ágil y sencilla comunicación entre las autoridades y la cumplimentación de los Anexos u Órdenes de los diversos instrumentos e incluso su propia traducción e incorporación al procedimiento, entre otras relevantes ventajas en aspectos tales como la transmisión de datos a través de un sistema adaptado a su naturaleza, dada la creciente importancia de la prueba electrónica. Como señaló la Comisión, en la actualidad la comunicación entre autoridades se realiza exclusivamente de forma impresa, suponiendo el canal electrónico un ahorro de tiempo además de económico cifrado en unos veinticinco millones de euros anuales.

La PRDIG complementaría horizontalmente en lugar de reemplazar las normas existentes sobre la entrega digital de documentos, audiencias digitales y otros usos de la tecnología de la información en la cooperación judicial transfronteriza. Consideramos que si bien la instauración de mecanismos de digitalización en la cooperación judicial en materia de comunicación, registro y almacenamiento de información, constituye un avance como útiles herramientas que facilitan y mejoran la cooperación judicial y el acceso a la justicia, hay que evitar que ello conlleve una reducción de ga-

⁷⁰ Vid. Alejandro Hernández López, “La digitalización de la cooperación judicial...”, *cit.*, 289. Observa que al no haberse concretado en la PRDIG cuál sería el sistema de transmisión alternativo, ello en la práctica permitiría que éste fuera digital o bien el tradicional, siendo los propios Estados los que tendrán que definir el sistema que pueda suplir al sistema descentralizado, en el supuesto de que se interrumpa o bien, concurran el resto de las causas tasadas que permiten su no utilización, las cuales considera como “excesivamente ambiguas”.

rantías procesales; no hay que olvidar que la digitalización no constituye la panacea y que es muy importante preservar el sistema de garantías procesales e incluso mejorarlo a través del mecanismo de la digitalización, nunca sacrificarlo. Desde este punto de vista, como hemos visto, la innovación respecto a la que tenemos mayores reticencias a pesar de contemplarse de forma garantista, sería la audiencia a través de videoconferencia o tecnología similar, sobre todo en procesos penales, recelos que serían mayores aún, si ésta se extiende a los peritos, testigos y víctimas, es decir, a fuentes de prueba de carácter personal. No obstante, estimamos que la PRDIG constituye un considerable progreso y que será la práctica la que ponga de manifiesto cuáles son sus fortalezas y debilidades, siendo necesario en todo caso hacer balance de su propia eficiencia práctica e incluso perfeccionar este instrumento en un futuro, dado el propio progreso técnico, entre otros factores.

De cualquier modo, es obvio que la instauración de las herramientas digitales en el ámbito de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, conlleva un progreso necesario e ineludible. Pero no hay que olvidar que la relevante, proactiva y fértil actividad legislativa de la UE en materia de digitalización y modernización de la Justicia, contrasta con la situación existente en los ordenamientos internos de los Estados miembros, además de que estas actuaciones de la UE están concebidas para que tengan un impacto directo en los mismos. Como hemos tratado *ut supra*, constituye un objetivo de las propuestas de la Comisión Europea presentadas el 1 de diciembre de 2021, digitalizar los sistemas judiciales en la UE, el cual también posee la “Comunicación sobre la digitalización de la justicia en la UE” y la nueva “Estrategia sobre la formación judicial europea” de 2020, las cuales constituyen los “pilares” de las referidas iniciativas legislativas. A continuación, vamos a tratar someramente la situación existente en nuestro país y sus lógicas interacciones tanto con el contexto de los mecanismos de digitalización del ELSJ, como con la específica propuesta sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia.

2. BREVE REFERENCIA AL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: LA INTERACCIÓN CON EL MARCO EUROPEO

Como decíamos contrastan de forma significativa, los avances en el ELSJ en materia de digitalización y el estado de la materia en los Estados, afirmación que es extensible a España. Comprobamos al respecto la “timidez” de nuestro legislador, a pesar de los objetivos o “propósitos” del Plan de

Trabajo Justicia 2030, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia”⁷¹. Vemos como en sus tres objetivos, el acceso al ejercicio de derechos y libertades, la eficiencia del Servicio Público de Justicia y contribuir a la sostenibilidad y la cohesión, la digitalización de la Justicia constituye un ítem transversal, por tanto, un elemento estructural fundamental e imprescindible. Por ello es tan importante la transformación digital de la Justicia propugnada desde la UE, que consideramos es la gran impulsora y leitmotiv de la transición digital de la Justicia tanto en España como en otros Estados miembros, que además aporta los fondos Next Generation para Justicia 2030. Son múltiples los factores que dificultan la efectiva implementación de la digitalización de la Justicia en España, tales como la proliferación de diversos sistemas informáticos para la gestión de los asuntos en las Comunidades Autónomas, por lo cual somos escépticos sobre si la cogobernanza propugnada en Justicia 2030⁷², pudiera ser viable en un ámbito donde la homogeneidad e interoperabilidad de los sistemas son fundamentales e incluso repercute en la igualdad efectiva de los ciudadanos en cuanto al acceso a la justicia y en consecuencia, en la propia tutela judicial efectiva en los distintos territorios.

Por ello, consideramos que, para la efectiva modernización, eficiencia y digitalización de la Administración de Justicia tanto española como de los otros Estados miembros, la actividad del legislador europeo y, en consecuencia, la futura digitalización en el ámbito de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos, ostentará un papel fundamental. Pero como decíamos, no se puede propugnar el dogma o paradigma de la digitalización como la fórmula mágica para solventar todos los problemas que padece nuestra Administración de Justicia. Se pueden implementar útiles herramientas telemáticas que mejoren la tramitación de los procedimientos y el acceso a la justicia, sin necesidad de soslayar prin-

⁷¹ *Vid.* respecto a sus objetivos y Programas <https://www.justicia2030.es/> (último acceso: 14/10/2023).

⁷² De hecho, el Ministerio de Justicia transfirió la totalidad de los fondos Next Generation a las Comunidades Autónomas, recursos que en su mayor parte tienen como objetivo la digitalización. Nos planteamos si realmente la Administración de Justicia española en la actualidad ha obtenido progresos significativos en materia de digitalización, en parte, al carecer de un marco legislativo procesal moderno que permita realmente la realización de actos procesales telemáticos y el acceso digital a la justicia, dado que nunca hay que olvidar que es el Estado central el único que puede legislar en materia procesal, nunca las Comunidades Autónomas. Por éstas entre otras razones, planteamos objeciones respecto a si la cogobernanza entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas, podría ser contraproducente en la pretendida eficiencia procesal y digitalización. Sobre la referida asignación de fondos, *vid.* <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/250322-llop-sectorial.aspx> (último acceso: 14/10/2023).

principios fundamentales como la intermediación y publicidad de las actuaciones, por lo que no podemos ser defensores de una digitalización a ultranza que abarque la totalidad de las actuaciones procesales. De hecho, se han vertido críticas respecto a la generalización de las vistas de forma telemática en el proceso civil o a que la propugnada eficiencia procesal realmente tenga el efecto no deseado de comprometer la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos, dificultándose el acceso al proceso, suprimiéndose actos procesales, introduciéndose la celebración telemática de las vistas⁷³ a través de videoconferencia o potenciándose los MASC⁷⁴. He incluso se ha afirmado que si bien los juicios telemáticos conllevan un importante cambio o transformación de la forma de resolver los conflictos y una nueva forma de concebir la Administración de Justicia que, por otro lado, posee soporte legal expreso en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁵, se debe requerir en todo caso que ello tenga lugar a través de medios que permitan una auténtica tutela judicial efectiva. Las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, a pesar de contribuir a la transparencia y proximidad al ciudadano, entre otras ventajas, conllevarán una inevitable modificación de determinadas garantías y principios procesales⁷⁶.

Tanto en el ámbito europeo como en el nacional, observamos problemáticas comunes que impulsan la digitalización de la Justicia, tales como el limitado progreso en esta materia, que contrasta con el existente en otros ámbitos de la vida⁷⁷ y la situación generada por la pandemia COVID-19, lo cual como hemos señalado en gran medida ha sido el gran detonante de las recientes iniciativas europeas y nacionales en esta materia, al eviden-

⁷³ Cfr. Manuel Richard González, “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, *Diario La Ley*, nº 9654 (2020): 16-17. Las nuevas tecnologías presentan relevantes ventajas, si bien en modo alguno es equiparable un juicio oral virtual al de carácter presencial.

⁷⁴ En este sentido, *vid.* las críticas vertidas sobre la reforma del proceso civil por Julio Banacloche Palao, “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, nº 9814 (2021): 1-2 y 6.

⁷⁵ *Vid.* sobre la regulación expresa de la videoconferencia para la realización de las actuaciones judiciales, tras la reforma del art. 229 de dicha Ley por la LO 13/2023, Félix Valbuena González, “Una perspectiva de Derecho comparado en la Unión Europea acerca de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal: los ordenamientos jurídicos español, italiano y francés”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 53 (2009): 118-119.

⁷⁶ Cfr. Federico Bueno de Mata, “Juicios orales telemáticos y eficiencia digital”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, 58 (2022): 20-21.

⁷⁷ Entornos incluso jurídicos, como se pone de manifiesto en el Derecho administrativo, tras la promulgación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que implementa notablemente la relación telemática de la ciudadanía con la Administración y la eficiencia de las actuaciones administrativas.

ciar la necesidad de conseguir la resiliencia de los sistemas judiciales en situaciones críticas, lo cual constituye un principio del Estado de Derecho. La UE ha puesto de manifiesto que es necesario un enfoque holístico para que el Espacio Europeo de Justicia sea resiliente y se protejan los derechos fundamentales, entre otras cuestiones, con problemáticas comunes en los Estados, tales como afrontar la denominada “brecha digital”. Como expusimos *ut supra*, la Comisión Europea ha resaltado que no todos los Estados han progresado del mismo modo en materia de digitalización de la Justicia, aunque estén trabajando en ello, considerándose dicha digitalización con uno de los “motores clave” de la política de la UE, junto con la independencia judicial⁷⁸. La UE como gran impulsora de la transición digital de la Justicia, pondrá a disposición de los Estados sistemas informáticos que podrán utilizar, lo cual evitaría una excesiva fragmentación y facilitaría la propia interoperabilidad de los sistemas.

En el “decaído” Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia de 2022⁷⁹ (PLED), son numerosas las referencias al marco de la UE, como por ejemplo en el sistema de identificación seguro en procedimientos o actuaciones realizadas a través de videoconferencia, donde se podrá aplicar tanto la regulación nacional como de la UE (art. 23.1), en las comunicaciones transfronterizas en la cooperación jurídica internacional, respecto a las que el Ministerio de Justicia tendrá que garantizar que el servicio o aplicación común como “nodo” para las comunicaciones transfronterizas, garantice la interoperabilidad en el marco de la UE conforme a su acervo normativo (arts. 4.1.o) y 55.1), en la interoperabilidad de los datos abiertos del Portal de datos de la Administración de Justicia con el Portal de datos de la UE (art. 87), o respecto a que las aplicaciones desarrolladas por las Administraciones con competencia en materia de Justicia, puedan ser declaradas como de “fuentes abiertas”, supuesto en el que se publicarán con Licencia pública de la UE (art. 100.2). Y ello al margen de las importantes simetrías que observamos existen entre

⁷⁸ Sobre la resiliencia de los sistemas judiciales, el impacto de la COVID-19 y las cuestiones referidas *cfr.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6387, *vid.* además los paralelismos entre el Informe inicial de Evaluación de Impacto de la Comisión sobre la PRDIG, apartados “Definición del Problema” y “Objetivos Generales”, pp. 8 y 21 y, el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital, aptdo. II Exposición de Motivos.

⁷⁹ Del mismo modo, en los otros dos Proyectos de 2022, Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia y Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, la digitalización de las actuaciones procesales ostenta un protagonismo esencial, aspecto que, en gran medida, constituye un elemento transversal fundamental para la reforma de la Justicia.

el referido PLED y la PRDIG, al igual que con el Reglamento e-CODEX, en cuestiones tales como el punto de acceso general de la Administración de Justicia (art. 12 PLED), respecto al punto de acceso electrónico europeo (art.14 PRDIG), si bien en el PLED se contempla la relación electrónica con la Administración de Justicia como obligatoria para determinadas personas y, en la propuesta de Reglamento se concibe como algo facultativo, sin que ello repercuta sobre la forma en la que las personas se comuniquen con las autoridades nacionales conforme al Derecho interno (considerando nº 19 Preámbulo PRDIG). Tanto el PLED como la PRDIG versan sobre el acceso digital a la justicia y regulan profusamente el documento procesal electrónico y las comunicaciones digitales. Una cuestión fundamental común a las iniciativas nacionales y europeas, estriba en la importancia de la ciberseguridad, cuestión de la que se ocupa el PLED creando, entre otros órganos, el Centro de Operaciones de Ciberseguridad de la Administración de Justicia (arts. 96 y 99). Como hemos visto esta cuestión ostenta un papel prioritario en el marco europeo, como se refleja en el Reglamento por el que se regula la Agencia ENISA o en el reciente Reglamento sobre el Programa de conectividad segura IRIS.

De cualquier forma, está claro que antes llegará la digitalización en el ámbito de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos, que en el ordenamiento jurídico interno español, pues como hemos visto, la tramitación legislativa de la PRDIG está prácticamente concluida, por contraste a la española dado que la tramitación legislativa del PLED, al igual que la de los otros dos Proyectos de Ley relativos a la eficiencia procesal, decayó con la disolución de las Cortes Generales en mayo de 2023. Por ello es tan relevante el marco de la digitalización en el ELSJ, al igual que la propia digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia y sus específicos estándares de protección de las garantías procesales, dado que el futuro legislador español, al igual que el del resto de los Estados miembros, deberá necesariamente tenerlo en cuenta para una futura regulación sobre la eficiencia digital procesal española. El referido marco europeo además de integrarse en el propio acervo normativo de la UE, supondrá un importante avance en el ámbito de la digitalización en la cooperación judicial que los Estados tendrán que implementar, con independencia del progreso de sus respectivos sistemas internos, sirviendo además de modelo o paradigma para sus futuras políticas legislativas en la materia.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos estudiado los importantes avances en materia de digitalización en el ELSJ, ámbito donde existen relevantes actos, instrumentos e instituciones en la materia. Destacamos especialmente la PRDIG y la correlativa propuesta de Directiva, al igual que su interacción con los mecanismos de digitalización ya existentes en el ELSJ. A medida que hemos estudiado las diversas instituciones, se han ido incorporando las respectivas conclusiones, si bien a modo de reflexiones o conclusiones finales, afirmamos que la UE constituye un actor fundamental para la modernización y digitalización de la Justicia, lo cual tendrá una repercusión directa en los Estados miembros. La proactividad de la UE contrasta con la situación existente en los sistemas judiciales internos, constituyendo la UE un importante motor para su modernización. Entre los recientes instrumentos, podemos destacar el Reglamento e-CODEX, que constituye la columna vertebral de la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, que consideramos tendrá una clara repercusión en la digitalización de los sistemas nacionales, el Reglamento (UE) 2023/969 y el Reglamento (UE) 2023/2131. Se supera por tanto el concepto *de cross fertilization*, al integrarse los nuevos instrumentos en el acervo normativo de la UE para la construcción del Derecho procesal europeo.

El inminente nuevo Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia, establece un marco común que tendrá un evidente efecto en los actuales instrumentos de cooperación y en los sistemas nacionales, el cual es especialmente respetuoso con la soberanía de los Estados miembros y con las garantías procesales. Ciertamente, el paradigma de la digitalización nunca debe servir para socavar el sistema de garantías procesales, sino que, por el contrario, deberá fortalecerlo. No obstante, no se puede hacer una “foto fija” del actual estado del progreso digital en el ELSJ, dado que estamos ante una materia en permanente evolución, con una evidente repercusión del progreso técnico que tendremos en un futuro. En este sentido es fundamental tanto la codificación como la interoperabilidad de los sistemas, ámbito en los que el Reglamento e-CODEX ostenta un especial protagonismo, dada la actual proliferación de sistemas informáticos creados de forma fragmentaria y con una misma finalidad, como sucede respecto a la prueba electrónica.

En esta materia la Agencia eu-LISA posee importantes atribuciones al gestionar los sistemas informáticos de gran magnitud en el ELSJ, pero consideramos que se deben extremar las cautelas para evitar que la inte-

roperabilidad entre los mismos en dicha Agencia pueda repercutir en sus finalidades específicas y, en consecuencia, afectar a la protección de los derechos fundamentales y garantías procesales. Es necesario evitar en todo caso, que dicha Agencia se convierta en una suerte de “Gran Hermano digital” en la UE, que pueda comprometer los avances en materia de derechos fundamentales e incluso los progresos del Estado de Derecho. De cualquier modo, será necesario respetar el importante desarrollo del acervo jurisprudencial en materia de datos electrónicos y del principio de proporcionalidad, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues no en vano formamos parte del sistema de protección de los derechos humanos más sofisticado que existe. Por ello dada la globalización del sistema de almacenamiento de datos electrónicos y los riesgos inherentes a los objetivos de digitalización “por defecto” e interoperabilidad de los sistemas, entre otros relacionados, es fundamental el marco de ciberseguridad, en concreto la Agencia ENISA y el Programa IRIS.

No obstante, consideramos cuestionable que la UE no se hubiera ocupado anteriormente de estas cuestiones con la proactividad y rapidez que actualmente lo está haciendo, a pesar de que esta materia ya formara parte de la hoja de ruta de la UE desde hace años, que haya sido necesario que la COVID 19 irrumpiera para que se percatara de la necesidad de preservar la resiliencia y eficiencia tanto de la cooperación judicial como de los propios sistemas judiciales de los Estados, además de que la Administración de Justicia no puede estar al margen del progreso técnico. Pero la UE ha reaccionado y apostado de forma fuerte y decidida por la modernización de la Justicia a través del mecanismo de la digitalización, erogando además fondos Next Generation a los Estados con esta finalidad. En este ámbito tendrá una clara repercusión la PRDIG, que de forma garantista y considerando la “brecha digital” facilitará el acceso a la justicia, permitirá la realización de actos procesales de forma telemática, la trasmisión digital de solicitudes formularios y documentos, además de la audiencia a través de videoconferencia o tecnología similar. Sin embargo, esta última constituye la innovación respecto a la que tenemos mayores reticencias, a pesar de haberse concebido de manera facultativa y garantista. Cuestiones endémicas como la falta de armonización de la regulación sobre este tipo de audiencias en los sistemas nacionales o las diferencias notables que existen entre una audiencia presencial respecto a la virtual, lo cual repercute, entre otros, en los principios de intermediación judicial y audiencia o contradicción, nos aconseja ser cautos con esta posibilidad y, en todo caso, a que la audiencia telemática tenga lugar conforme al principio de proporcionalidad sin sucumbir a

“tentaciones” de mera economía procesal. Pensamos en este sentido, que se debería limitar a asuntos civiles y mercantiles de escasa cuantía y a la criminalidad de bagatela, definiéndose por el legislador europeo de forma clara los específicos límites *ad quem*, lo cual repercutiría beneficiosamente en la aproximación de los sistemas y en la propia aplicación del principio de proporcionalidad por los Estados.

De cualquier modo, son indudables los avances que supone la PRDIG, respecto a figuras como “ventanilla única”, “punto de acceso interoperable”, o en la idea de “digitalización por defecto” para las comunicaciones entre autoridades judiciales. Pero tendremos que esperar a su efectiva puesta en marcha, a la experiencia práctica resultante e incluso, a la propia jurisprudencia que se genere al respecto, para poder hacer el balance de su real progreso e impacto, por lo que en realidad esta cuestión que refleja una problemática de gran calado, está llena de importantes interrogantes respecto a los que ahora no encontramos respuesta. Tan sólo la futura aplicación de los nuevos instrumentos de digitalización, la específica “reacción” de los Estados miembros y la propia práctica y experiencias que se generen, constituirán el verdadero barómetro de los beneficios reales y de los propios riesgos, de la apuesta por la digitalización procesal; estamos en gran medida, en los albores de la eficiencia procesal digital.

Estimamos que deberá continuar trabajándose sobre una cuestión que está a expensas del propio desarrollo tecnológico futuro y de la propia “obsolescencia” de los sistemas actuales, aspecto especialmente relevante puesto que no podemos predecir cuáles y cómo serán los instrumentos tecnológicos que tendremos que enfrentar dentro de unos años. De ahí que siempre será necesaria, la reacción y actuación de las instituciones europeas, por tanto, del propio legislador de la UE, para mantener actualizados los mecanismos jurídicos específicos de forma permanente, evitando de una vez por todas que el Derecho esté sistemáticamente en una situación de cuestionable retraso respecto a la revolución tecnológica que impera en otros ámbitos de la sociedad. De cualquier modo, afirmamos que constituye una apremiante necesidad modernizar los actos e instrumentos de cooperación judicial a través del mecanismo de la digitalización, como se está haciendo con los instrumentos e iniciativas estudiados, si bien en estas conclusiones, planteamos adicionalmente relevantes interrogantes respecto a un futuro que en estos momentos realmente no se puede prever.

Lo que está claro es que la UE y los Estados funcionan a “distintas velocidades” en materia de digitalización procesal y eficiencia, por lo que igualmente debemos esperar para poder llegar a conclusiones más definitivas,

dado el contraste entre la apuesta decidida y proactividad en dicha materia, entre la UE y los Estados miembros. Ello se refleja en nuestro país, donde el “decaído” PLED, respondía un contexto y problemática con significativas analogías con los existentes en la PRDIG, al igual que con el ámbito específico del ELSJ, con importantes interacciones y simetrías respecto a las soluciones adoptadas en la UE. Por ello consideramos que el futuro legislador español cuando vuelva a afrontar esta materia, deberá tener en cuenta los progresos existentes en la cooperación judicial, en el acceso a la justicia y en el propio ELSJ, de tal forma que éstos constituirán un relevante paradigma que impulsaría la futura eficiencia digital procesal de nuestra Justicia, además de considerar la experiencia europea para conseguir estos objetivos conciliándolos con la cogobernanza con las Comunidades Autónomas, aspecto que como hemos dicho, podría constituir un obstáculo. De todas formas, reiteramos que la digitalización a ultranza nunca está justificada sin considerar los principios y garantías procesales, que, en todo caso, deberá servir para potenciarlos y preservarlos, que ello constituye tanto una conquista irrenunciable en el ELSJ como del propio fortalecimiento del Estado de Derecho, lo cual no debe olvidarse ni a nivel europeo ni nacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, Rosanna y VELICOGNA, Marco. “Cross-Border Document Service Procedures in the EU from the Perspective of Italian Practitioners—The Lessons Learnt and the Process of Digitalisation of the Procedure through e-CODEX”, *Laws 11*, nº 6 (2022): 1-28. <https://doi.org/10.3390/laws11060081>.
- BANACLOCHE PALAO, Julio. “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, nº 9814 (2021): 1-22.
- BEN MILOUD, Djamila y NICOLAU, Cristian. “e-Evidence Digital Exchange System (e-DES)”, en *European Investigation Order. Where the Law Meets the Technology*, ed. por Maria Angela Biasiotti y Fabrizio Turchi (Cham: Springer, 2023), 69-95. https://doi.org/10.1007/978-3-031-31686-9_7.
- BUENO DE MATA, Federico. “Justicia online y ciudadanía: el Portal europeo e-Justicia como medio de información y apoyo a los ciudadanos para solventar sus litigios transfronterizos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 18 (2011): 191-219.
- BUENO DE MATA, Federico. “Juicios orales telemáticos y eficiencia digital”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 58 (2022): 1-22.
- CARRERA, Sergio, VALSAMIS, Mitsilegas y MARC, Stefan. *Criminal Justice, Fundamental Rights and the Rule of law in the Digital Age. Report of a CEPS and QMUL*

- Task Force*. Bruselas: CEPS, 2021. <https://www.ceps.eu/download/publication/?id=33138&pdf=Criminal-Justice-Fundamental-Rights-and-the-Rule-of-law-in-the-Digital-Age.pdf>.
- GOTTWALD, Thomas, SCHNEIDER, Martin, BEHR, Robert y MAURER, Mathias. "e-CODEX: A Secure Infra-Structure for Cross-Border Cooperation". En *European Investigation Order. Where the Law Meets the Technology*, editado por Maria Angela Biasiotti y Fabrizio Turchi, 53-67. Cham: Springer, 2023. https://doi.org/10.1007/978-3-031-31686-9_6.
- HERLIN-KARNELL, Ester. "The domination of security and the promise of justice: on justification and proportionality in Europe's 'Area of Freedom, Security and Justice'", *Transnational Legal Theory* 8, nº 1 (2017): 77-102. <https://doi.org/10.1080/20414005.2017.1316637>.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro. "La digitalización de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: propuestas y perspectivas legislativas". En *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, dirigido por Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho y Esther Pillado González, 281-301. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- JIMENO BULNES, Mar. *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011.
- KRAMER, Xandra. "Digitising access to justice: the next steps in the digitisation of judicial cooperation in Europe", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 56 (2022): 1-9.
- MAGRO SERVET, Vicente. "Optimización del uso de la videoconferencia en la Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia", *Práctica de Tribunales*, nº 159 (2022): 1-8.
- MITSOLEAS, Valsamis. "The privatisation of mutual trust in Europe's area of criminal justice: The case of e-evidence", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25, nº 3 (2018): 263-265. <https://doi.org/10.1177/1023263X18792240>.
- ONȚANU, Elena Alina. "The Digitalisation of European Union Procedures: A New Impetus Following a Time of Prolonged Crisis". *Law, Technology and Humans* 5, nº 1 (2023): 93-110. <https://doi.org/10.5204/lthj.2706>.
- OSZTOVITS, András. "The Present and Possible Future of Judicial Cooperation in Civil Matters". En *The Policies of the European Union from a Central European Perspective*, ed. András Osztoivits y János Bóka, 239-258. Budapest: Miskolc, Central European Academic Publishing, 2022. https://doi.org/10.54171/2022.aojb.poeucep_12.
- REYNDERS, Didier. "Digitalising Justice Systems to Bring Out the Best in Justice", *EUCRIM*, nº 4 (2021): 236-237. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2021-030>.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. "Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial", *Diario La Ley*, nº 9654 (2020): 1-19.

- TINOCO PASTRANA, Ángel. “Las órdenes europeas de entrega y conservación: la futura obtención transnacional de la prueba electrónica en los procesos penales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 135 (2021): 203-246.
- TOSZA, Stanislaw. “All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order”, *New Journal of European Criminal Law* 11, nº 2 (2020): 161-183. <https://doi.org/10.1177/2032284420919802>.
- VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. “Una perspectiva de Derecho comparado en la Unión Europea acerca de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal: los ordenamientos jurídicos español, italiano y francés”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 53 (2009): 117-127.
- VAVOULA, Niovi. “Interoperability of EU Information Systems: The Deathblow to the Rights to Privacy and Personal Data Protection of Third-Country Nationals?”, *European Public Law* 26, nº 1 (2020): 131-156. <https://doi.org/10.54648/euro2020008>.

LEGAL FEMINISM AND CRIMINAL JUSTICE: CHALLENGES OF LAW AS AN INSTRUMENT OF SUBVERSION OF THE NARRATIVES OF DOMINATION*

Feminismo jurídico y justicia penal: desafíos del Derecho como instrumento de subversión de las narrativas de dominación

SELENA TIERNO BARRIOS

Personal Investigador en Formación (FPU)

Área de Derecho Procesal

Centro de Investigación para la Gobernanza Global

Universidad de Salamanca

selenatierno@usal.es

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. LAW AS AN INSTRUMENT OF CONFORMITY AND SUBVERSION OF INEQUALITY. III. FROM ANDROCENTRISM TO THE FEMINISATION OF THE JUSTICE SYSTEM. IV. MANIFESTATIONS OF AN ANDROCENTRIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM. 1. The Role of Gendered Violence Victims in Spanish Criminal Proceedings. 2. Portraying the Phenomenon of Secondary Victimization in Gendered Violence Crimes. 3. The Statement of the Victim as the Only Incriminating Evidence. 4. The Exemption from the Duty to Testify. 5. The Prohibition of Criminal Mediation. V. CONCLUSIONS. VI. REFERENCES.

Abstract: Gender equality represents one of the seventeen goals of the 2030 Agenda for Sustainable Development without which it is not possible to implement the

* A partial version of this paper has been previously published in Spanish in Tierno Barrios, S. (2023). De los “márgenes” de la justicia al empoderamiento: recuperando las voces silenciadas de las víctimas de violencia de género en el proceso penal español. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 11, 1-28 (<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/andip/a.13605>), on the occasion of being the winner of the sixth edition (2023) of the “Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia”, organised by the Iberoamerican Institute of the Hague for Peace, Human Rights and International Justice. This paper has been made in the framework of a contract obtained through the FPU (training for university teachers) programme from Ministerio de Universidades of Gobierno de España as Predoctoral Researcher within the Procedural Law Area of Universidad de Salamanca. This essay has also been carried out within the framework of the Research Project “Agenda 2030 y acceso igualitario a la justicia de personas vulnerables desde una perspectiva de género” (PIC-2022-06) from Universidad de Salamanca whose Principal Investigator is Prof. Dr. Adán Carrizo González-Castell.

universal plan of action aimed at protecting the planet, strengthening universal peace, guaranteeing shared prosperity and ensuring the personal development of all human beings in dignity and equality. However, serious situations of inequality still persist in societies and the Law does not remain oblivious to this social context as it is permeated by the same oppressive logics and narratives of domination that govern the structure of life, perpetuating the discrimination that already exists in the social discourse, and therefore also gender stereotypes. In this way, the main objective of this paper is to critically analyse the specific situation of the victim of gendered violence in the Spanish criminal justice system, and to make proposals to give visibility to the real will of the victim and to take it into account through the emancipatory character presupposed by Law as an instrument of change, due to its ambivalent nature of conformity and subversion of the narratives of domination.

Keywords: feminism, restorative justice, criminal mediation, gendered violence, secondary victimisation

Resumen: La igualdad de género representa uno de los diecisiete objetivos contenidos en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible sin el cual no es posible llevar a cabo el plan de acción universal dirigido a proteger el planeta, fortalecer la paz universal, garantizar una prosperidad compartida y asegurar el desarrollo personal de todos los seres humanos en dignidad e igualdad. Sin embargo, aún asistimos a importantes situaciones de desigualdad en las sociedades y el Derecho no permanece en modo alguno ajeno a dicho contexto en la medida en que está permeado por las mismas lógicas de carácter opresivo y las mismas narrativas de dominación que rigen la estructura de la vida en sociedad, perpetuando las discriminaciones existentes en el discurso social y, por tanto, también los estereotipos de género. Así pues, el objetivo principal del presente trabajo será analizar de forma crítica la situación particular de la víctima de violencia de género en el sistema de justicia penal español elaborando propuestas que permitan dar visibilidad y atender a su verdadera voluntad a través del carácter emancipatorio que se le presupone al Derecho como un instrumento de cambio debido a su naturaleza ambivalente de conformidad y subversión de las narrativas de dominación.

Palabras clave: feminismo, justicia restaurativa, mediación penal, violencia de género, victimización secundaria

I. INTRODUCTION

The fact that gender equality is one of the seventeen goals of the 2030 Agenda for Sustainable Development¹ should make people reflect on the in-

¹ Adopted by Resolution of 25 September 2015, it represents an action plan articulated around 17 goals and 169 related targets—all of which are of an integrated and indivisible nature, combining the economic, social and environmental dimensions— designed to follow on from the Millennium Development Goals and achieve what they were unable to do. In this way, these goals are to be implemented by all countries and stakeholders through a global partnership based on a spirit of solidarity in order to be able to act over a period of 15 years in all areas of relevance for the planet and humanity, thereby improving the living conditions of all people and, as a consequence,

equality and discrimination that women have suffered and continue to suffer throughout history. In other words, to think about what progress has been made in the fight for gender equality and what challenges and problems remain to achieve.

In this sense, according to UN Women², it is necessary to highlight that the achievement of gender equality, as well as the enjoyment of human rights in general, are two key elements without which it is not possible to implement the universal plan of action aimed at protecting the planet, strengthening universal peace, guaranteeing shared prosperity and ensuring the personal development of all human beings in dignity and equality. That is, there can be no sustainable development if half of the world's population is still denied access to all spheres and areas of life on the basis of equal opportunities and conditions.

In that way, gender equality is understood as essential for progress on each of the Sustainable Development Goals (from now on, SDGs). Yet, it is not just a tool to achieve the goals, but a goal in itself. Thus, SDG-5 on gender equality aims to “*achieve gender equality and empower all women and girls*” and, under this auspice, Target 5.C proposes the adoption and strengthening of sound policies and enforceable laws to promote gender equality and the empowerment of all women and girls at all levels as a means of implementation.

However, it seems that there is still room for improvement in the fight for equality when, in the light of the positions defended by certain voices belonging to new political ideologies, particularly those linked to the extreme right both in Europe and in Spain, a significant step backwards can be seen in the conquest of fundamental rights such as those rights that make equality between women and men possible and which, even today, are sometimes questioned by populist political tendencies.

These populist currents, with a strong “white supremacist ethno-nationalist” character coming from the extreme right and to which certain strata of the working class who are willing to listen to their proposals are attracted, are particularly linked to neoliberalism and capitalism. This is because class and status injustices are rooted in the current “financialised” capitalist sys-

transforming the world as society knows it, where sustainable development is currently at a critical juncture.

² UN Women (2018: 2-3).

tem, in which the harms experienced by the working class must be connected to those suffered by women, migrants and LGBTQI+ people³.

In this sense, the dynamics of the neo-liberal capitalist system and the economic model of growth established in today's Western societies which, far from any attempt to promote equality, leads to an exponential increase in the inequality of social relations, must be added to the above⁴.

In that way, despite the explicit recognition of gender equality at international level and in the constitutions of Western countries, situations of inequality still persist in these societies, in the face of an apparent conquest of rights that has already been achieved⁵. Therefore, neither justice nor the Law remain oblivious to this social context of inequality, as they are permeated by the same oppressive logics and narratives of domination that govern the structure of life in society⁶. Thus, understanding Law as a contextual social construction, it perpetuates the discrimination that already exists in the social discourse⁷, and therefore also gender stereotypes⁸.

Thus, by analysing how second-wave feminism sought to expose the androcentric character of capitalism through the slogan "The Personal is Political"⁹, and attributed a legal-criminal relevance to the phenomenon of gendered violence, it will be examined how this also led to the adoption of so-called "no-drop policies", which ignore the real will of the victims of this kind of violence¹⁰ and reflect the existence of a judicial system that is often based on stereotypes and prejudices.

In this sense, the main objective of this paper is to critically analyse the specific situation of the victim of gendered violence in the Spanish criminal justice system, and to make proposals to give visibility to the real will of the victim and to take it into account. In particular, that which represents the current of restorative justice and the practice of criminal mediation as a tool aimed at the revaluation and empowerment of the victim of gendered violence, which will be examined from a feminist perspective. In this line, the aim is to assert the emancipatory character presupposed by Law as an instrument of change, due to its ambivalent nature of conformity and sub-

³ In this regard, see Fraser (2020: 94 and 186).

⁴ On this issue, see De Sousa Santos (2005: 181).

⁵ Barona Vilar (2018: 29-30).

⁶ Of this opinion are Soriano Arnanz and Simó Soler (2021: 188-192).

⁷ See De Lamo (2022: 45).

⁸ Martínez García (2018: 23).

⁹ Fraser (2013: 1).

¹⁰ On this issue, see Sanz Mulas (2019: 63-74).

version of the narratives of domination that govern today's globalised and capitalist society.

II. LAW AS AN INSTRUMENT OF CONFORMITY AND SUBVERSION OF INEQUALITY

As mentioned in the introduction to this paper, despite the explicit recognition of equality between women and men in constitutional texts, situations of inequality can still be observed. It is true that this inequality is even greater, and much more pronounced, in less developed and developing countries, where equality is not even formally recognised at the legal level. The living example of the fact that there is still a long way to go towards achieving this desideratum is the kind of paradox that can be observed in developed Western countries where there is an aesthetic discourse of progress, recognition and absolute respect for human rights, but which clashes head-on with a very different reality¹¹.

A reality in which it is necessary to continue fighting to achieve this desire for equality, equity and visibility. And this requires a profound transformation of thought and culture that allows the empowerment of those who for centuries have remained on the margins of the hegemonic core of the dominant discourse, under the existence of stereotypes and patriarchal roles, being silenced, forgotten and marginalised¹².

But this situation, which is still reproduced in the less developed countries, is particular worrying in those countries where, at least formally, equality between men and women is proclaimed as a conquest that has been achieved, a regression in rights and guarantees can be perceived in a society that, despite political, economic, cultural and technological progress, is drifting towards greater inequality and injustice¹³.

In this sense, justice —one of the fundamental pillars on which the rule of law is based— is no stranger to this social context of inequality and stereotyping, even if it is disguised by an apparent discourse of equality based on the recognition of formal equality in Western countries at the international and constitutional levels. But neither justice nor the Law —as the neutral institution that it should be— is oblivious to this context. It goes without saying, then, that if there is one thing that characterises the world in which

¹¹ Barona Vilar (2018: 29-30).

¹² Barona Vilar (2018: 31).

¹³ Barona Vilar (2019b: 35).

we live, it is its vast inequalities. Inequalities that are not only economic, but also linked to status hierarchies, which at the end of the last century led to demands for legal and cultural recognition, that is, “recognition policies” for the sake of equality and the prohibition of discrimination¹⁴.

What is less clear, however, is to admit that this structural inequality present in society has permeated neutral institutions such as the Law and, consequently, the justice system¹⁵. Nevertheless, this can be understood in terms of the phenomenon of globalisation that characterises modern society today, especially in relation to the neoliberal capitalist system and the economic growth model since neoliberalism, beyond representing a specific version of the capitalist model of production, constitutes a model of civilisation based on the exponential increase in the inequality of social relations¹⁶.

It should be noted that neoliberal thinking, based on the ontology that each individual is his or her own entrepreneur, and on the epistemology that truth depends on the market, eliminates the function of resolving conflicting interests insofar as they are subordinated to the interests of capital accumulation. In other words, it eliminates the political function of social transformation, oriented towards the search for equality and the emancipation of subjects and collectives¹⁷.

Thus, the capitalist crisis that today’s society is experiencing is therefore not only an economic or financial crisis, but it goes beyond that and crosses other dimensions, namely social and political. Hence the emergence of social movements that fight against the injustices mentioned above, such as feminism, environmentalism, LGBTQI+, anti-racism or pro-immigrant movements. In other words, this is not simply a crisis of inequality, precarity, migration, ecology or politics¹⁸. In fact, capitalist society is facing a general crisis affecting the entire social order, characterised by dynamics of domination and oppression, and leading to structural injustices. That is, different forms of social injustice such as class exploitation, racial-imperial oppression and gender and sexual domination¹⁹.

In this line, going into the framework of Law, it should be pointed out how the social contract that has traditionally governed social organisation in the West has taken as its subject of reference an archetype of the indi-

¹⁴ Along this line of thought, see Fraser (1996: 18).

¹⁵ Soriano Arnanz and Simó Soler (2021: 188).

¹⁶ In this regard, see De Sousa Santos (2005: 181).

¹⁷ Reverter Bañón (2020: 200).

¹⁸ Fraser (2020: 10).

¹⁹ Fraser (2021: 104).

vidual that does not represent the population as a whole, leading either to the non-recognition or to the late recognition of the rights of those subjects who do not fit this model of the individual²⁰. In other words, after the liberal revolutions of the 18th century and the first declarations of human rights in the West —Virginia (1776) and France (1789)—, legal systems were shaped by the liberal approach and the individual who became the subject of rights was limited to male, white, adult, with purchasing power, etc²¹. In this sense, understanding that Law is a contextual social construction, it seems easier to assume that it will be permeated by the same oppressive logics and narratives of domination that govern the structure of life in society²².

Thus, one can understand the existence of norms in which the political-legal referent subject followed for their interpretation and subsequent application has been the male, white, heterosexual, cisgender, with economic resources and without disabilities, which has led to the traditional social exclusion of certain groups also being enforced by the Law²³. In this sense, the social contract in modern states entailed the creation of relations of domination in the public sphere, subordination in the private sphere, and exclusion in the criminal sphere²⁴.

When an individual or social group blocks a sphere of power relations, turning them into a fixed and immovable element through political, economic or military instruments, a state of domination is created²⁵, which in the case of patriarchy it materialises in a situation of generalised oppression of women and the domination of men²⁶.

In this sense, the marginalisation of those groups that do not fit the archetype of the referent subject, due to their gender, sexual or racial diversity, from the process of approving the rules and their application, completely obscures the universal, objective and rational nature of the Law, which is inherent to it. In other words, excluding women, LGBTQI+ people or migrants from this process reinforces the performative nature of Law in order to legitimise power structures. In this way, it becomes a kind of “labelling” which, from the moment it is embodied in judicial decisions, constitutes a legitimising mechanism for these power structures insofar as the authority

²⁰ Along this line of thought, see Soriano Arnanz and Simó Soler (2021: 191-192).

²¹ De Lamo (2022: 42).

²² Soriano Arnanz and Simó Soler (2021: 191-192).

²³ Of this opinion is Simó Soler (2019: 95).

²⁴ Sánchez-Moreno (2020: 5).

²⁵ See Foucault (1999: 711).

²⁶ Brunet Icart and Santamaría Velasco (2016: 63).

with which it is invested allows it to proclaim, standardise and normalise a reality. In this case, the relations of domination²⁷.

Thus, the exclusion and marginalisation of women outside the process of law-making and its subsequent interpretation and application by legal actors means that the Law acquires an irrational, subjective and personalised character that revolves around the figure of the man, hence the existence of stereotyped responses and decisions based on prejudices²⁸.

Thereby, if the legal norm is understood to be masculine, then the application of Law is an exercise in masculine reasoning, because by emphasising the value of neutrality, and understanding that it exists in the Law, the dynamics of the legal system become enveloped with masculine power. In this sense, insofar as women's discourse cannot adopt the masculine point of view, it cannot therefore claim to be objective. Thus, if women's discourse is subjective, this only leads to its marginalisation by the legal system²⁹.

Along these lines, according to UN Women³⁰ laws in fact reflect and reinforce the privileges and interests of those who hold power, whether in terms of social class, racial origin, religion or gender. Following this scheme, therefore, justice systems also reflect such imbalances and inequalities.

Indeed, one of the many ways in which gender stereotypes are perpetuated over time is through the laws, policies and practices of states. In this sense, when a state uses these instruments to implement, enforce or perpetuate a gender stereotype, what it is actually doing is furthering its institutionalisation by giving it the same force and authority as the Law. In other words, the legal system as a state institution promotes the application, enforcement and perpetuation of stereotypes by creating a situation of legitimacy and normality³¹. In reality, however, it is not the Law that creates discrimination per se, but rather, as an instrument of conformity, it perpetuates discriminations that already exist in the social discourse³².

Nevertheless, this should not lead to ignoring the emancipatory nature of Law as an instrument of change by its very nature and virtuality, since it is also a space for transformation in that it can recognise the traditionally

²⁷ Soriano Arnanz and Simó Soler (2021: 191-192).

²⁸ Simó Soler (2019: 95-96).

²⁹ On this issue, see Jackson (1992: 210).

³⁰ UN Women (2011: 11).

³¹ Cook and Cusack (2009: 42).

³² Of this opinion is De Lamo (2022: 45).

forgotten and marginalised subjects and their experiences, as well as contribute to the reparation of the harmful effects of the norms³³.

III. FROM ANDROCENTRISM TO THE FEMINISATION OF THE JUSTICE SYSTEM

In this sense, women's right of access to justice cannot be addressed separately and independently from the treatment of women in society or, in other words, from the inequality and discrimination they suffer because, as it is has said, the Law, and therefore the judicial system, has the capacity to reflect the same logic of oppression that structures social life. This is because the evolution of societies throughout history has followed a single order, namely the order designed, established and conquered by men, which has meant that all social progress and achievements have been made without women, and even at their expense. Family, religion, justice and democracy have been built within the framework of an androcentric society inspired by a single worldview that has led to the silence, invisibility and marginalisation of women³⁴.

Thus, if Law is power, then the design of legal-procedural institutions has been configured on the premise that conflicts have had only one protagonist, who has been the man, leading to the marginalisation of women's experiences and singularities with the consequent legitimisation of inequality by the Law itself and its application through outdated and repealed rules that denied women citizenship rights such as the right to vote, among many other examples³⁵.

All of this has resulted in a judicial system that —at times— reflects the same stereotypes and prejudices that exist in society, inherited from successive legislations marked by the absence of a gender perspective. Indeed, as early as the 1970s, the movement known as “Feminist Jurisprudence”, which originated in the Anglo-Saxon and Scandinavian academic world, denounced that the Law is *(i)* masculine because it sees and treats women in the way men do; *(ii)* sexist insofar as it ignores the experiences and needs of women; and also *(iii)* gendered insofar as power relations —patriarchy, if preferred— are faithfully reflected in the legal norm³⁶. In

³³ Soriano Arnanz and Simó Soler (2021: 192).

³⁴ Barona Vilar (2019b: 32).

³⁵ Martínez García (2019: 62).

³⁶ Martínez García (2018: 23).

other words, the state is male from a feminist perspective insofar as it constitutes the social order following the interest of men as a gender, and this is done through its legitimising norms, its relation to society and its substantive policies³⁷.

In the same vein, firstly, the Law is sexist because when differentiating between men and women, it placed women at a disadvantage, that is, *(i)* it gave them fewer material resources (think of marriage and divorce); *(ii)* it judged them on the basis of prejudice (see sexual promiscuity); *(iii)* it denied them equal opportunities; and finally *(iv)* it ignored the harms caused to women when those harms were to the advantage of men (prostitution and rape laws). Secondly, the Law is masculine not because legislators and lawyers are men, but because the notes of neutrality and objectivity that should characterise the Law are masculine values that have acquired the quality of universality. Finally, the fact that the Law is gendered means that, contrary to the previous statement, it does not imply establishing a category or an empirical referent that is male or female, but rather a subjective position that is endowed with gender, but which is not associated with sex by biological, psychological or social elements³⁸.

This is why feminist legal theory questions the supposed neutrality of the Law, based on the conception that legal systems follow a design marked by an androcentric perspective. This can be seen by way of example in the identification of the diligence of an average person in the Spanish Civil Code with the “diligence of a good father of a family”. Thus, this idea of the patriarchal design of legal systems began to be developed from the 1980s onwards by academics from radical feminism and “Critical Race Theory” such as MacKinnon, Scales and Thorton, as opposed to liberal feminism, which until that time had conceived legal systems as neutral systems in which some discriminatory provisions could be corrected through reforms³⁹.

In essence, what the “Feminist Jurisprudence” movement sought to make visible was the subordinate position of women in society —understanding, in turn, that the Law favoured the maintenance of this discrimination— and to defend a theory in which women’s perspective would make it possible to subvert all those prejudices and structures of legal discourse inherent to androcentrism. In this sense, that movement was based on the

³⁷ MacKinnon (1983: 644).

³⁸ Smart (2000: 34).

³⁹ De Lamo (2022: 44).

assumption that behind the Law there was a false neutrality based on the invisibility of women through the legal language derived from androgynous thought. But also, a false objectivity insofar as the thinking of those who proceeded to its application was linked to the norm, so that there was not a single legal discourse but as many as there were people participating in its construction, since there were factors that conditioned this false objectivity, such as androcentrism, classism or racism. This is why, although it is true that progress has been made, it is still possible to observe, as mentioned above, certain judicial decisions in which the legal argumentation reflects a masculine dialogue mainly translated into the application of stereotypes and prejudices⁴⁰.

Thus, the Council of Europe has identified gender stereotypes as one of the main obstacles to women's access to justice at two levels, namely at the institutional/legal level ("gender stereotypes and prejudices on the part of legal professionals") and at the socio-economic and cultural level ("gender stereotypes and cultural attitudes")⁴¹.

The desideratum to be achieved is not only to fight against the glass ceiling and the sticky floor, but to promote a substantial change in thinking, discourse and interpretation through the internalisation of certain values that go hand in hand with gender equality education, in order to ultimately contribute to the transformation of dialectics and legal language⁴².

In this sense, the key lies in subverting the methodology that studies the Law by looking at who makes and interprets the rules. To do so, it is necessary to introduce the perspective of those to whom they apply. In this case, this is called "feminist self-consciousness", a methodology that incorporates women's experiences into the study of Law in order to make visible the origins of the violence they suffer, and which was promoted by radical feminism in the 1960s and 1970s in the United States⁴³.

⁴⁰ Barona Vilar (2018: 32-64).

⁴¹ Council of Europe (2017: 13).

⁴² Barona Vilar (2019a: 56-58).

⁴³ De Lamo (2022: 48).

IV. MANIFESTATIONS OF AN ANDROCENTRIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

1. THE ROLE OF GENDERED VIOLENCE VICTIMS IN SPANISH CRIMINAL PROCEEDINGS

Along this line of thought, one of the manifestations where this scheme can be easily observed is in the field of gendered violence, where the so-called “no-drop policies” take place within the framework of the criminal policy of prevention and state protection of the victims of this type of violence by overcoming the idea that it is a problem that belongs to the private sphere and attributing legal-criminal relevance to it. In this way, this has meant ignoring the real will of the victim of this type of violence in all matters relating to the initiation, continuation and termination of the corresponding criminal proceedings, as well as in matters relating to the adoption of precautionary measures and the penalties to be imposed. All this with the basic aim of protecting and safeguarding the victim, even if this is done against her real and true will, to the extent that the generalised —stereotyped— opinion persists that the female victim is a vulnerable, weak and defenceless being⁴⁴.

In the same vein, Hanna also refers to the no-drop prosecution policy, whereby cases are pursued regardless of the victim’s wishes, and to the paternalistic criminal intervention insofar as a consensus has not been reached by violence against women advocacy community as to the extent to which the state should force women to collaborate in the prosecution of their offenders⁴⁵. In this sense, the author explains how, once the police began to arrest alleged perpetrators, advocates focused their reform efforts on prosecution practices to the extent that victims’ non-cooperation, suspicion or refusal to proceed led to the absence of criminal prosecution. Thus, pro-prosecution or no-drop policies were adopted, encouraging women victims to proceed through the criminal justice system, as well as not allowing prosecutors to dismiss charges at the woman’s request, but instead having an obligation to continue with the proceedings and require the victim’s cooperation⁴⁶.

In that way, no-drop policies can take two dimensions, namely “hard” policies, whereby cases proceed regardless of the victim’s wishes if there

⁴⁴ On this issue, see Sanz Mulas (2019: 63-74).

⁴⁵ Hanna (1996: 1853).

⁴⁶ Hanna (1996: 1860-1862).

is sufficient evidence, and “soft” policies, where prosecutors do not force victims to participate in criminal proceedings, but provide them with assistance services and encourage them to continue the process⁴⁷.

Thus, from this hegemonic canon, gendered violence victims have been silenced by the legislation itself —sponsored by a criminal policy of prevention and maximum protection against this social scourge— within the framework of the criminal justice system, being excluded from the decision-making process regarding the resolution of the criminal conflict generated insofar as their real and true will becomes absolutely irrelevant⁴⁸.

In this sense, this will is replaced by a will that is considered to respond to the protection of the victim, but which is erroneously based on a stereotyped image of the woman who faces this type of violence and which leads, within the criminal justice system, to an exposure to the negative effects of the phenomenon of secondary victimisation.

All of this is reflected in a series of manifestations that I will examine below and against which I will defend the absolute need to revalue the role of the victim of gendered violence in the Spanish criminal justice system, which has traditionally led to her exclusion and marginalisation within the hegemonic core that has characterised the model of justice that persists to this day, still inspired —on certain occasions— by a male vision and discourse that is based on a set of stereotypes and prejudices, and which reproduces and feeds on the same logics that structure society.

In this line, by recovering these silenced voices, the aim is to assert the emancipatory character that is presupposed in Law as an instrument of change due to its ambivalent nature. In other words, with the potential to constitute a space of transformation by restoring the leading role to those subjects traditionally located on the margins, such as women victims of gendered violence, subjects of Law capable of subverting the (male) legal discourse and contributing, in short, to the achievement of the desideratum of gender equality in society.

2. PORTRAYING THE PHENOMENON OF SECONDARY VICTIMISATION IN GENDERED VIOLENCE CRIMES

For a long time, the victim was denied the leading role that he or she really has in the criminal process, being exposed to the expropriation of his or

⁴⁷ Hanna (1996: 1863).

⁴⁸ In this sense, I do share the view expressed by Ortiz Pradillo (2016: 9-12).

her own conflict by the state and being neutralised by the institutions themselves, which is why for centuries he or she has been defined as the “great forgotten one” of the criminal procedural system and even ignored. In this way, it was understood that the competence to react to the commission of a criminal act belonged to the state, which had to play the main role in criminal protection, as it was understood that the crime was committed against the state and society, so that the victims could not intervene in the reaction to the criminal offence, thus eliminating any possibility of revenge. Thus, the victim has traditionally been exposed to the effects of the phenomenon known as “secondary victimisation”, which have resulted in the criminal justice system’s inability to provide an adequate response to the protection of the victim’s rights and needs⁴⁹.

This has recently led to reflection on the role of the victim within the criminal process, acquiring an increasingly greater role within the framework of the proposal for reform of the current model of the criminal procedural system represented by the current of restorative justice —and within it, the practice of criminal mediation— in which the movement that advocates the reevaluation and protagonism of the victim in the resolution of criminal conflicts is framed⁵⁰.

In this sense, although it is true that the protection of the rights and interests of the victim of a criminal act is an essential function of the criminal process —which is not open to discussion within the framework of a democratic state— it is no less true that the exercise of this function has not always been carried out in an adequate manner, resulting in the aforementioned phenomenon of secondary victimisation, which will be discussed in more detail below and which represents one of the causes that are usually associated with the crisis that plagues the criminal justice system⁵¹.

Thus, in connection with this tradition of systematic neglect to which the victim of crime has been subjected in the framework of the criminal justice system, we find the so-called phenomenon of secondary victimisation, which means, in essence, that the victim not only has to bear the violation of their rights and legitimate interests produced by the offender, but that the institutions themselves neutralise them, leaving aside the protection of their own rights without offering an adequate response to their needs. In other words, as a consequence of their relationship with the criminal justice sys-

⁴⁹ Barona Vilar (2019a: 64-65).

⁵⁰ Flores Prada (2015: 11 and 18).

⁵¹ Rodríguez-García (2017: 275-277).

tem, the victim suffers an increase in the harm and negative effects that are already directly caused by the commission of the criminal act itself (primary victimisation), which leads, therefore, to a process of re-victimisation or double victimisation (secondary victimisation)⁵².

This phenomenon of secondary victimisation is especially frequently observed in the framework of criminal proceedings for crimes of gendered violence where women victims perceive a justice system that in no way adequately addresses their needs and meets their expectations, leading to an increase in the intensity of the psychological-emotional damage, which in turn generates a sense of helplessness and a feeling of guilt, vulnerability and insecurity⁵³.

The most frequent manifestations of the phenomenon of secondary victimisation within the criminal justice system are usually found in different moments or stages⁵⁴, namely *(i)* in a pre-procedural phase at the time of filling the complaint by receiving certain stereotypical comments from police officers, downplaying the importance of the alleged facts and even prejudging them and the lawyers specialised in gendered violence, not providing information, or even having to wait for long periods of time in police stations or in the duty courts; *(ii)* when criminal proceedings have already begun victims are sometimes not treated in a sensitive and appropriate manner, in some judicial districts there are no victim assistance services, or in judicial offices obstacles are imposed to request information about the proceedings or to obtain documents necessary for the exercise of their rights; and finally *(iii)* in the oral trial phase, it is also common for some courts to prevent the use of screens or the development of disrespectful questioning, but without doubt one of the moments that lends itself most to this phenomenon within this phase is the one related to evidence.

3. THE STATEMENT OF THE VICTIM AS THE ONLY INCRIMINATING EVIDENCE

In this line, it will be in the field of evidence in which I will delve in more detail into the effects generated by the phenomenon of secondary victimisation in the framework of gendered violence through, on the one hand, the assessment of the victim's statement as the only incriminating evidence and, on the other hand, the so-called "legal exemption from the duty to

⁵² On this issue, see Gutiérrez et. al. (2009: 50-51) and Araya Novoa (2020: 40).

⁵³ Gil (2018: 241-243).

⁵⁴ Gil (2018: 243-245).

testify” which has caused so much ink to flow not only in doctrine but also in case law.

As a starting point, it should be noted that one of the aspects that generates most debate and concern in criminal proceedings for gendered violence crimes is indeed the one related to evidence. This happens because, in these cases, the victim of the offence is not only a victim but also a witness, and the evidentiary material available to the judge is often particularly scarce as, generally, it is only made up of the woman’s statement due to the commission of such offences in a private environment⁵⁵. In that way, the victim of the criminal act herself will often be the only one who may relate the sequence of events without any other evidence in the criminal process than her own statement, which makes her a main character not only by the simple fact of being able to become a private prosecutor in criminal proceedings, but also by subordinating the obtaining of a conviction or a guilty judgement to her statement at the oral trial phase on the basis of the exercise of the right not to testify against the defendant, in other words, the exemption from the duty to testify⁵⁶.

Beginning with the evidentiary issue raised by the statement of the victim of gendered violence as the only incriminating evidence, it should be noted that this is by no means a futile issue because, in line with what has been explained in this paper, the statement of the woman “witness-victim” is not generally understood, generating a certain amount of mistrust on the part of legal operators based on prejudices and preconceptions about the archetype of the victim⁵⁷.

In this sense, it should be pointed out firstly that the double condition of victim and witness that converges in the woman who has been the passive subject of a crime of gendered violence places her in a particular procedural status insofar as she is not a mere witness to the criminal act. In other words, a third party who is in any case alien to the offence committed, which is what defines the figure of the witness, but who is also the victim of the offence itself, which attributes certain singularities to him or her with respect to the former with repercussions on the position held within the criminal process, especially with respect to the statement that she —if she does not avail herself of the exemption from the duty to testify— may give. This is how the distinction between the figure of the witness in the strict

⁵⁵ Of this opinion is Fuentes Soriano (2018: 4).

⁵⁶ González Monje (2020: 1630).

⁵⁷ Of this opinion is Lurrari (2022: 155).

sense and that of the “witness-victim” or qualified witness who is granted a privileged procedural position or status, is created, but only at a doctrinal and jurisprudential level insofar as there is still no comprehensive regulation on the treatment that the victim’s statement should have within criminal proceedings, except for the modification of Article 433 LECrim by Law 4/2015, of 27 April, on the Statute of the Victim of the Crime, which allows witnesses who are victims to testify accompanied by their legal representative and a person of their choice⁵⁸.

Thus, the recognition of the victim’s statement in criminal proceedings as the only incrimination evidence with the power to undermine the presumption of innocence of the defendant has been widely accepted by Spanish jurisprudence (both by the Supreme Court and the Constitutional Court) for several decades, but always and in any case subjected to the concurrence of certain circumstances that would allow its plausibility to be extracted⁵⁹. Hence, the establishment of certain parameters or criteria that should allow the judge to form his/her conviction and to attribute evidentiary value to the statement given, considering (i) subjective credibility (lack of subjective unbelievability of the victim); (ii) objective credibility (verisimilitude of the testimony); and (iii) persistence in the incrimination⁶⁰.

The first of the assessment parameters revolves around how to assess the credibility of the testimony. In this way, the lack of subjective credibility of the victim may be due either to the physical or psychological characteristics of the witness, such as sensory disabilities, blindness, deafness or mental disorder, to the extent that, although it is true that they do not completely nullify the testimony but weaken it. Also, the concurrence of spurious interests based on previous relations with the perpetrator, such as hatred, revenge or enmity, or for other reasons such as the intention to protect a third party⁶¹.

The third of the parameters, which, like the previous one, is not controversial, concerns the analysis of the persistence in the incrimination and implies (i) the absence of substantial changes in the successive statements made by the victim, that is to say, material persistence in the incrimination

⁵⁸ On this issue, see González Monje (2020: 1631-1634) and Araya Novoa (2020: 57-59). See Supreme Court Judgment no. 282/2018, 13 June 2018 (Legal Ground 3°).

⁵⁹ Fuentes Soriano (2018: 5).

⁶⁰ Supreme Court Judgments no. 238/2011, 21 March 2011 (Legal Ground 2°); no. 964/2013, 17 December 2013 (Legal Ground 2°); and no. 717/2018, 17 January 2018 (Legal Grounds 2°, 3°, 4° and 6°).

⁶¹ Supreme Court Judgment no. 717/2018, 17 January (Legal Ground 3°).

materialised in the record of the various statements made; (ii) concreteness in the statement with no room for ambiguity, generality or vagueness; and (iii) the absence of contradictions between successive statements, which requires a logical connection in the narrative⁶².

The interesting debate on the issue at hand arises with the requirements under the second parameter of assessment based on the plausibility of the testimony or objective credibility analysis. This requirement refers to the need for internal logic or coherence in the statement, which I do not dispute, but it also refers—and this is the important nuance—to the requirement for additional objective data support of a peripheral nature or external coherence. It should be noted that this requirement in fact prevents the recognition of the virtuality of the victim's statement in order to rebut the presumption of innocence when it is the only evidence for the prosecution in the process, insofar as it is required to provide certain evidence to corroborate its verisimilitude. In this sense, although such circumstantial evidence does not necessarily have to prove the guilt of the accused, it acquires a probative value that is at least indisputable⁶³.

The consequence, therefore, is that the demand for this requirement nullifies the jurisprudential affirmation that the victim's statement, even if it is the only prosecution evidence, is sufficient to rebut the presumption of innocence of the accused, as the contrary, beyond pretending to give an image of predisposition to give credibility to the testimony of the woman victim of gendered violence, makes no sense at all⁶⁴.

However, these parameters have recently been qualified in the latest line of case law pointed out by the Supreme Court in this area, and specifically in the context of gendered violence, indicating up to eleven factors that must be taken into account in the process of assessment by the judge of the victim's statement in order to confer credibility and verisimilitude on it⁶⁵:

(i) security in the statement before the Court by the interrogation of the Public Prosecutor Service, the lawyer of the private prosecution and the defence; (ii) specific account of the events which are the subject of the case; (iii) clarity of exposition before the Court; (iv) convicting "gestural language". This element is of utmost importance and it is characterised by the way whereby the victim expresses herself in terms of the "gestures" with which she accompanies herself in her statement before the Court; (v) seriousness of exposition that distances the Court's belief from a figurative, fabricated or not very credible account; (vi) descriptive expressiveness in the account of the events that took

⁶² Supreme Court Judgment no. 717/2018, 17 January (Legal Ground 6°).

⁶³ Supreme Court Judgment no. 717/2018, 17 January (Legal Ground 4°).

⁶⁴ Fuentes Soriano (2018: 6-9).

⁶⁵ Supreme Court Judgment no. 119/2019, 6 March 2019 (Legal Ground 3°).

place; (vii) absence of contradictions and concordance of the iter narrated of the facts; (viii) absence of gaps in the exposure story that could lead to doubts about its credibility; (ix) the statement must not be fragmented; (x) a full and unbiased account of the facts must emerge, not a piecemeal account of what is in her interest to testify and to conceal what is beneficial to her about what has happened; and (xi) she must tell what benefits her and her position as well as what harms her.

Many of these factors are largely reminiscent of the parameters previously reiterated by the Supreme Court, such as the absence of contradictions and gaps, or the specific nature of the account of the events that took place, that is, those relating to what is has been called “persistence in the incrimination”. However, many others refer to characteristics that are intrinsic to the victim’s own personality whose appreciation acquires a subjective nature —see, for example, the importance of gestural language— which seem to be identified with the traditional stereotypes that exist about women victims of gendered violence. Thus, this leads to an even greater increase in the effects of re-victimisation and it generates a feeling of insecurity and mistrust in the victim which will eventually lead her to abandon the process and to end with the case being closed or with an acquittal. All of this because the latter factors to which we are referring to are simply a response to what is expected, as a prototype, of a victim of gendered violence, reinforcing the existing prejudices that are intended to be avoided and ignoring the special singularities of this type of crime⁶⁶.

In fact, the Supreme Court itself goes on to recognise the effect of re-victimisation that may be generated in the victim by having to relive what happened when recounting it before the Court in the plenary session after having done so, not only in police custody, but also in the pre-trial phase. In so doing, it lists another series of factors that must be taken into account in the assessment process and which qualify the previous ones⁶⁷:

(i) difficulties that the victim may express before the Court due to being in a setting that reminds her of the events he/she has been a victim of and that may lead to signs or expressions of fear of what has happened that come through in her statement; (ii) obvious fear of the accused for the commission of the act depending on the seriousness of what happened; (iii) fear for the family of the accused of possible reprisals, even if these have not occurred or have not been objectified, but remain the obvious and acceptable fear of the victims; (iv) desire to complete the declaration as soon as possible; (v) desire to forget the facts; and (vi) possible pressures from their environment or external pressures on their declaration.

⁶⁶ González Monje (2020: 1646-1648 and 1653-1655).

⁶⁷ Supreme Court Judgment no. 119/2019, 6 March 2019 (Legal Ground 3°).

Nevertheless, the parameters introduced by the Supreme Court seem to place the victim of gendered violence in a situation that is not very favourable insofar as this may be perceived as a requirement in terms of the standards that her statement must reach in order to achieve a certain degree of credibility, something that is completely distant from the objective of promoting her empowerment in order to advance towards the eradication of this type of violence⁶⁸.

In this order of things, if it is recalled what was said earlier in relation to the methodology of “feminist self-awareness”, this means, in this specific field, broadening the study of Law to include the determination of the facts to which the rules apply, thus taking into account the perspective of those subjects to whom they are applied. Questions can therefore be raised about to how the courts are to assess the statements and witness evidence, in other words, how the facts of the persons to whom a rule is then to be applied are to be incorporated into the relevant judicial process. The answer to these questions is clear from feminist legal theory, which argues that the assessment of evidence by the courts is sometimes permeated by the same stereotypes and prejudices that exist in society. This phenomenon is known as “testimonial injustice” and is based on the lack of credibility of a witness in those cases in which this subject does not fit the existing stereotypes, leading to the determination of the facts introduced by them in the judicial process being subject to bias on the part of the judge. The direct consequence is the silence of the victims, who are unable to express their feelings and experiences for fear that their testimony will not be sufficiently credible⁶⁹.

4. THE EXEMPTION FROM THE DUTY TO TESTIFY

Continuing in the following paragraphs with the evidentiary problems associated with the exemption from the duty to testify, it should first be noted that all witnesses are under the obligation to testify everything that they know about what they were asked, as per Article 707 Spanish Criminal Procedure Act (from now on, LECrim), with the exception of the people set out in Articles 416, 417 and 418 LECrim, in their respective cases. Thus, following the provisions of Article 416.1 of the criminal procedure text before the latest reform in 2021, this obligation was waived for: (i) *family members of the defendant in direct ascendant or descendant lines*; (ii) *his/her spouse*

⁶⁸ González Monje (2020: 1654-1655).

⁶⁹ De Lamo (2022: 48-49)

or person linked to him/her by a *de facto* relationship similar to marriage; and (iii) his/her whole or half blood brothers and sisters and blood lines up to the second civil degree. The justification, which is easily deducible, lies in not placing the person obliged to testify in a situation of moral conflict or collision of interests between, on the one hand, his/her duty as a citizen to report the commission of a criminal offence for prosecution and to testify truthfully about it and, on the other hand, his/her duty of loyalty and affection towards people who are linked to him/her by family ties⁷⁰.

In this sense, the relevance of the exemption from the duty to testify is at least of utmost importance in the context of gendered violence in which women victims of this kind of violence, being at the same time witnesses to the facts, frequently avail themselves of this provision to avoid having to testify against their aggressor whom they may even have initially reported in their case, which ends up leading to the case being closed or with an acquittal. This occurs because despite the fact that Organic Law 1/2004, of 28 December, proceeded to reform multiple precepts and legal texts, it forgot to modify the provisions on evidence necessary for the application of measures of a criminal and criminal procedural nature, among them, Article 416 LECrim on the exemption from the duty to testify. Thus, the lack of a specific provision on this precept in matters of gendered violence led to its disparate application by the courts, which resulted in a broad debate on issues ranging from the very discussion on the applicability of the precept in this area to whether it could be applied in those cases in which the parties were no longer partners at the time of the trial, and whether the victim could avail herself of this right in the case of having reported the facts⁷¹.

In this order, with the aim of limiting the interpretation of the precept and putting an end to the contradiction between the different jurisdictional bodies, the Spanish Supreme Court adopted a first non-jurisdictional agreement establishing that “*the exemption from the obligation to testify provided for in Art. 416.1 LECrim extends to people who are or have been linked by one of the ties referred to in the precept. The following are excepted: a) testimony for events occurring after the dissolution of the marriage or the definitive cessation of the analogous situation of affection; b) cases in which the witness appears as a prosecutor in the process.*”⁷² However, new questions

⁷⁰ In that way, this can be read in Supreme Court Judgment no. 160/2010, 5 March 2020 (Legal Ground 2^o).

⁷¹ See Fuentes Soriano (2019: 9-10) and Rodríguez Álvarez (2019: 264).

⁷² Agreement of the Non-Jurisdictional Plenary of the Second Chamber of the Supreme Court of Spain of 24 April 2013.

were not long in coming, among them, whether the victim who appeared as a prosecutor at an earlier stage, but he/she withdrew before the oral trial, can benefit from the exemption⁷³.

The Supreme Court had occasion to rule on this issue in Judgment 449/2015, of 14 July, when it declared that a victim who, although initially appearing in the process as a private prosecutor during the pre-trial phase, waived the subsequent exercise of criminal and civil actions before the oral trial act, appearing therein as a “witness-victim”, could not avail him/herself of the exemption from the duty to testify. In this sense, the interpretative problems continued to flood the debates about the controversial precept 416 LECrim insofar as, after the Supreme Court’s pronouncement in this latest decision, it was not so clear what should be understood by the exercise of the private prosecution in an “active” manner⁷⁴.

In this succession of jurisprudential milestones and in a *plot twist*, the Supreme Court adopted a second non-jurisdictional decision⁷⁵ establishing that “*the possibility of availing oneself of this exemption (416 LECrim) is not excluded for those who, previously having been constituted as private prosecutor, have ceased in that capacity*”. Thus, this paragraph established a new interpretative line on the validity of the exemption throughout the process that contradicted the previous position contained in Judgment 449/2015, of 14 July, aligning itself with the majority position of the Provincial Courts that had been kept up to the date of that decision⁷⁶.

Nevertheless, far from a harmonious solution—and a *happy ending*—which seemed to be in sight as a result of the Supreme Court Agreement, the Plenary of the Criminal Chamber of the High Court changed its jurisprudential doctrine once again in Judgment 389/2020, of 10 July⁷⁷, by declaring that victims, once they have been constituted as private prosecutors and have previously reported the facts, do not recover the right to the legal exemption from the duty to testify in those cases in which they waive the exercise of this procedural position and cease to do so, being obliged to testify, therefore, in the act of the oral trial. A development that responds to

⁷³ Herrero Álvarez (2020: 4).

⁷⁴ Fuentes Soriano (2019: 10-12) and Rodríguez Álvarez (2016: 3). See Supreme Court Judgment no. 449/2015, 14 July 2015 (Legal Ground 3^o).

⁷⁵ Agreement of the Non-Jurisdictional Plenary of the Second Chamber of the Supreme Court of Spain of 23 January 2018.

⁷⁶ Rodríguez Álvarez (2019: 267-270).

⁷⁷ Supreme Court Judgment no. 389/2020, 10 July 2020 (Legal Ground 11^o).

the imperative need to promote the protection of victims and, in particular, victims of gendered violence⁷⁸.

This is something that in some way was already in the offing, on the one hand, due to the numerous proposals from certain voices in defence, either of the elimination of this exemption in all criminal proceedings against crimes related to gendered violence, or of its elimination, but limited to the concurrence of certain circumstances. For example, that the victim has filed a complaint or has appeared in the process as a private prosecutor. On the other hand, to the 2017 State Pact against Gendered Violence, which included among its measures that of “*avoid areas of impunity for abusers, which may result from the existing legal provisions concerning the right to exemption from the obligation to testify, by means of appropriate legal amendments*” (measure number 143)⁷⁹.

Thus, the reasons given for this change in doctrine were based on the fact that (i) the right not to testify is incompatible with the position of the complainant as a victim of the facts, and even more so in cases of gendered violence, where for some crimes, his or her procedural contribution is indispensable for the effective activation of the process; (ii) if the complainant is acting as a private prosecutor, he or she does not have the right to waive this right in any way, insofar as the lodging of the complaint and the bringing of the prosecution imply a waiver of that right and there is no reason to proceed to its recovery and to recover its content; (iii) when the victim takes the decision to denounce her aggressor (against whom there is no obligation as per Article 216.1^o LECrim) there can no longer be any collision between the duty to testify and the consequences of the family ties that exist between the witness and the accused, thus resolving the conflict that, due to the ties that bind her to the aggressor, allowed her to abstain from giving evidence against him; (iv) the “victim-witness” cannot therefore be subjected to any coercion in his or her subsequent actions when giving evidence in order to avail himself or herself of the legal dispensation; (v) allowing the person concerned to opt in or opt out would mean successively and indefinitely accepting the possibility that he or she could occupy one or the other status; and (vi) as it is an exception, the legal dispensation must be interpreted restrictively, being accepted only in those cases that justify it⁸⁰.

⁷⁸ Marí Farinós (2020: 2).

⁷⁹ Rodríguez Álvarez (2019: 271-274).

⁸⁰ This is how the Supreme Court puts it in the Judgment no. 389/2020, 10 July 2020 (Legal Ground 11^o).

Finally, this doctrine has been translated into legislation through the reform introduced by Organic Law 8/2021, of 4 June, on Integrated Protection of Childhood and Adolescence against Violence, which has modified one of the most controversial precepts and the one that has given rise to most debate, namely Article 416 LECrim. Thus, a number of exceptions to the exemption from the duty to declare are introduced, among them, “*when the witness appears or has appeared as a private prosecutor in the process*” (Article 416.1.4º LECrim) and “*when the witness has agreed to testify in the course of the process after having been duly informed of his/her right not to testify*” (Article 416.1.5º LECrim).

In this sense, and in view of the legislative amendment which has finally been made to the controversial exemption from the duty to testify, I must point out that, although I recognise that its application in the framework of criminal proceedings for gendered violence crimes means eliminating all the material of evidence available in a large number of cases insofar as in most cases only the victim’s statement is available⁸¹, I can only express my absolute opposition to the reform⁸². That is, it does not take into account the will of the woman victim of gendered violence, with the legislator deciding —once again— for her what is most convenient in the interests of her protection with the ultimate and main objective of obtaining a guilty verdict against the defendant that does not lead to his acquittal or to the case being closed. There is no doubt that I essentially share the same sentiment as the legislator, which is to provide the victims of this kind of violence with absolute protection through all the public policies which are necessary to eradicate this social scourge.

Nevertheless, what I do not agree with is that in order to put an end to the widespread impunity that occurs in these cases, the victim must be forced to testify against her will because this is only a reflection of another prejudice whereby the legislator assumes that the woman victim of gendered violence is a helpless and defenceless person. In short, this is another case in which the true will of the victim is clearly irrelevant⁸³.

⁸¹ Fuentes Soriano (2018: 9-10).

⁸² Along this line of thought, see Rodríguez Álvarez (2021: 5), and Castillejo Manzanares (2020: 10-11). Against this opinion are Ortiz Pradillo (2016: 16), and Fuentes Soriano (2018: 12-13).

⁸³ In this sense, I do share the view expressed by Rodríguez Álvarez (2019: 276).

5. THE PROHIBITION OF CRIMINAL MEDIATION

Another manifestation of the situation of silence faced by gendered violence victims in the Spanish criminal justice system is the prohibition of recourse to mediation in relation to this type of violence as per Article 44.5 of Organic Law 1/2004 of 28 December, on Integrated Protection Measures against Gendered Violence. This prohibition has recently been extended to the area of sexual violence with the approval of Organic Law 10/2022 of 6 September, on the Integrated Guarantee of Sexual Freedom.

This is because, starting from the premise that gendered violence is the most brutal symbol of the existing inequality in society insofar as it is a kind of violence that is directed exercised against women by the simple fact of being a woman, the legislator assumes that there is a situation of imbalance between the two victim and aggressor that prevents the existence of a level playing field and, therefore, the impossibility of reaching an agreement⁸⁴.

However, it can be argued that the victim of gendered violence is not always and in all cases in a position of imbalance or inferiority in comparison to the perpetrator, even in the case of this kind of violence. That is, it does not imply that, in each and every particular case, the woman is subjected to the aggressor in such a way that she cannot assert her dignity or defend her interests⁸⁵.

Nevertheless, perhaps the argument that best justifies the opposition to the prohibition of mediation in gendered violence is precisely that it denotes a paternalistic attitude based on the stereotype that the woman victim of this kind of violence is an incapable person of making decisions and discernment and in need of protection, which demonstrates a total lack of trust towards in her decision-making capacity⁸⁶.

To put it in these terms, criminal mediation, as the most prominent practice within the restorative justice current, aims at rediscovering the victim, revaluing her and restoring the leading role that she really has in the resolution of the criminal conflict, as well as her integral reparation for the harm caused⁸⁷, allowing women to decide to be able to participate in this type of practice that contributes to their empowerment by not diminishing or removing their capacity to decide whether or not they wish to access

⁸⁴ Álvarez Suárez (2019: 1089-1090).

⁸⁵ Of this opinion is Huertas Martín (2017: 395-401).

⁸⁶ Ortiz Pradillo (2016: 9-12).

⁸⁷ In this sense, I do share the view expressed by Carrizo González-Castell (2017: 251-253).

restorative justice services which, by their consequences, also favour this empowerment.

In fact, without prejudice to the fact that within the feminist movement itself, criminal mediation is not exempt from misgivings, voices of the Anglo-Saxon specialised doctrine in the framework of feminist legal thought conceive mediation as a manifestation of the necessary feminisation of justice in connection with the existence of stereotypes and prejudices still present in the justice system towards women victims of gendered violence⁸⁸. This is because the mediation system marks a distance from the adversarial nature of the litigation that is submitted to the jurisdictional channel through the judicial process, and allows women to express their feelings and emotions, as well as their own interests and needs, through negotiation techniques and dialogue. In other words, to feel heard and validated, which is why mediation is seen as a manifestation of the feminisation of the justice system⁸⁹.

In this way, it is possible to glimpse one of the common elements that connects mediation with the feminist movement, which is empowerment and the promotion of decision-making capacity. In this sense, feminism shares with the philosophy underlying this self-compositional formula, firstly, the opposition to the adversarial model of justice that characterises the judicial process—in this patriarchal vision of Law as a hierarchical conception—and to the classic flows of power, as well as, secondly, the special relevance that the interests and needs of the parties take on with a view to their adequate satisfaction⁹⁰.

Feminism is not only a social and political movement in the sense of seeking to change the vision of reality—a vision that is therefore androcentric—and to propose new forms of social relations, but also a critical theory and an ideology based on the awareness of women as a group discriminated against and subordinated to men, with the aim of achieving the liberation of sex and gender by eliminating the stereotypes and prejudices that legitimise the situation of oppression⁹¹.

Thus, once empowerment has been identified as a common element to mediation as a self-compositive system of conflict resolution and to the feminist movement, we understand that the right of women to decide to ac-

⁸⁸ In this regard, see Hernández Moura (2018: 236 and 238).

⁸⁹ Rubin (2009: 355).

⁹⁰ Hernández Moura (2018: 241-242).

⁹¹ Facio and Fries (2005: 263-264).

cess restorative justice services and the submission of crimes of gendered violence to mechanisms such as criminal mediation fits perfectly into the set of policies that Goal 5 of the 2030 Agenda for Sustainable Development promotes strengthening to promote gender equality and the empowerment of all women and girls, insofar as this procedure allows not only the comprehensive reparation of the victim, but also the reintegration of the offender, thus contributing to reduce recidivism.

V. CONCLUSIONS

In the pages that precede the final reflections with which I conclude my research, I have highlighted different manifestations within the Spanish justice system in which the phenomenon of secondary victimisation in the field of gendered violence materialises, within the general framework of a legal and judicial system that is permeated by prejudices and social stereotypes that end up limiting women's exercise of their right of access to justice.

Thus, through the review carried out from a feminist perspective, I have identified the preconceived ideas about the victim of this type of violence, which, in short, translate into a paternalistic view of guardianship and a lack of confidence in her capacity to make decisions. I understand that this only reinforces their re-victimisation and reproduces the very thing that we are trying to combat, which is the structural inequality present in society.

The direct consequence is that the will of these victims becomes irrelevant, turning them into silenced voices that are placed on the "margins" of a justice system that does not attend to their real needs. In this sense, the idea of their necessary empowerment and revaluation within the criminal process should be emphasised, recovering their true protagonism through the emancipatory nature of the Law as an instrument of subversion of the unequal social reality.

In this sense, one of the proposals that I have been strongly defending since I began my research in this field of study and that I believe fits perfectly into the set of policies that the 2030 Agenda aims to strengthen in order to promote gender equality and the empowerment of all women and girls, is precisely the viability of criminal mediation in the field of gendered violence and, therefore, the right of women victims of this kind of violence to decide to access restorative justice services.

The purpose of empowerment in which, therefore, there can be no place for any prohibition such as that envisaged by the Spanish legislator on

criminal mediation in the matter examined, as it is the result of a clearly paternalistic view that I consider goes against any attempt to revalue the woman victim of gendered violence and to restore the undisputed leading role that by nature she has and should have in the criminal justice system. A vision which, as I have had the opportunity to analyse in depth in this paper, affects various areas within the framework of criminal proceedings for crimes of gendered violence, such as the statement of the victim as the only incriminating evidence and the exemption from the duty to testify, and which demonstrates the need to incorporate the gender perspective into the criminal justice system.

VI. REFERENCES

- ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura. 2019. La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 5(2): 1075-1106.
- ARAYA NOVOA, Marcela Paz. 2020. Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 32: 35-69.
- BARONA VILAR, Silvia. 2018. La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia. In *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, dir. Elena Martínez García, 29-70. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia. 2019a. Mirada restaurativa de la justicia penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización. In *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, dirs. Helena Soletto and Ana Carrascosa, 55-94. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, Silvia. 2019b. Retrato de la Justicia desde el pensamiento dialógico feminista ¿Por fin una ruptura del petrificado discurso androcéntrico? In *Claves de la Justicia Penal: Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, ed. Silvia Barona Vilar, 31-60. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BRUNET ICART, Ignasi and Carlos A. SANTAMARÍA VELASCO. 2015. La economía sexista y la división sexual del trabajo. *Culturales*, 4(1): 61-86.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. 2017. Reparación de la víctima y mediación penal. In *Mediación en la Administración de Justicia: implantación y desarrollo*, dir. Fernando Martín Diz, and coord. Adán Carrizo González-Castell, 251-270. Santiago de Compostela: Andavira.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. 2020. Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género. *Diario La Ley*, 9713: 1-13.
- COOK, Rebecca. J. and Simone CUSACK. 2009. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Philadelphia: Universidad de Pensilvania.

- COUNCIL OF EUROPE. 2017. *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women's Access to Justice*. <https://rm.coe.int/training-manual-women-access-to-justice/16808d78c5> (Accessed 29 Oct 2023).
- DE LAMO, Irene. 2022. Además de la Ley: Apuntes para el análisis feminista del Derecho. In *Lo personal es jurídico. Apuntes para pensar el derecho desde la teoría feminista*, ed. Irene De Lamo, 41-51. Barcelona: Atelier.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. 2005. El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39: 363-420.
- FACIO, Alda and Lorena FRIES. 2005. Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 6: 259-294.
- FLORES PRADA, Ignacio. 2015. Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2: 1-45.
- FOUCAULT, Michael. 1999. *Estrategias de poder. Obras esenciales. Vol. 2*. Barcelona: Paidós.
- FRASER, Nancy. 1996. Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 8: 18-40.
- FRASER, Nancy. 2013. *Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neo-liberal Crisis*. London-New York: Verso.
- FRASER, Nancy. 2020. *Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda*. Madrid: Traficantes de sueños.
- FRASER, Nancy. 2021. Los climas del capital. *New Left Review*, 127: 101-138.
- FUENTES SORIANO, Olga. 2018. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. *Revista General de Derecho Procesal*, 44: 1-39.
- GIL, Pilar. 2018. La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género. In *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, dir. Elena Martínez García, 229-248. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ MONJE, Alicia. 2020. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(3): 1627-1660.
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina, Elisa Coronel and Carlos Andrés Pérez. 2009. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit*, 15(1): 49-58.
- HANNA, Cheryl. 1996. No Right to Choose: Mandated Victim Participation in Domestic Violence Prosecutions. *Harvard Law Review*, 109(8): 1849-1910.
- HERNÁNDEZ MOURA, Belén. 2018. Una lectura feminista desde la búsqueda de soluciones dialogadas en el proceso. In *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, dirs. Katixa Etxebarria Estankona, Ixusko Ordeñana Gezuraga and Goizeder Otazua Zabala, 235-250. Valencia: Tirant lo Blanch.

- HERRERO ÁLVAREZ, Sergio. 2020. El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio. *Diario La Ley*, 9698: 1-5.
- HUERTAS MARTÍN, María Isabel. 2017. Reflexiones sobre la prohibición de la mediación en la violencia de género. In *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, coord. Ana María Rodríguez Tirado, 379-412. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JACKSON, Emily. 1992. Catharine Mackinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal. *Journal of Law and Society*, 19(2): 195-213.
- LAURRARI, Elena. 2022. Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal. *In-Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2: 149-162.
- MACKINNON, Catharine A. 1983. Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 8(4): 635-658.
- MARÍ FARINÓS, Enrique. 2020. La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim. *La Ley Penal*, 147: 1-10.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. 2018. Análisis de la justicia 'procesal' desde la perspectiva de género. In *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, dir. Elena Martínez García, 15-28. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. 2019. El necesario análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género. In *Claves de la Justicia Penal: Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, ed. Silvia Barona Vilar, 31-82. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. 2016. Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima. *Diario La Ley*, 8697: 1-22.
- REVERTER BAÑÓN, Sonia. 2020. ¿Está reventando el capitalismo neoliberal la liberación de las mujeres? *Las Torres de Lucca*, 9(17): 193-213.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. 2016. El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. *Diario La Ley*, 8727: 1-5.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. 2019. Dispensa del deber de declarar y violencia de género: el enésimo capítulo. In *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, dirs. Ángela Figueruelo Burrieza and Marta Del Pozo Pérez, and coord. Pablo Ramos Hernández, 263-278. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. 2021. Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar *ex* Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. *Diario La Ley*, 9916:1-6.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. 2017. Presente y futuro de la mediación penal. In *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, coord. Ana María Rodríguez Tirado, 269-310. Valencia: Tirant lo Blanch.

- RUBIN, Deborah. 2009. Re-feminizing mediation globally. *City University of New York Law Review*, 12(2): 355-397.
- SÁNCHEZ-MORENO, Manuel. 2020. Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 8: 1-28.
- SANZ MULAS, Nieves. 2019. *Violencia de Género y Pacto de Estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SIMÓ SOLER, Elisa. 2019. Feminizar el Derecho: cuándo, cómo y por qué. In *Claves de la Justicia Penal: Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, ed. Silvia Barona Vilar, 83-104. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SMART, Carol. 2000. La teoría feminista y el discurso jurídico. In *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, comp. Haydée Birgin, 31-71. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- SORIANO ARNAZ, Alba and Elisa SIMÓ SOLER. 2021. Machine learning y Derecho: aprendiendo la (des)igualdad. In *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, ed. Silvia Barona Vilar, 187-207. Valencia: Tirant lo Blanch.
- UN Women. 2011. *Progress of the World's Women 2011-2012: In Pursuit of Justice report*.
<https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2011/ProgressOfTheWorldsWomen-2011-en.pdf> (Accessed 29 Oct 2023)
- UN Women. 2018. *Turning promises into action: Gender equality in the 2030 Agenda for Sustainable Development*.
<https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2018/SDG-report-Gender-equality-in-the-2030-Agenda-for-Sustainable-Development-2018-en.pdf> (Accessed 29 Oct 2023).

LA LITIGACIÓN CIVIL POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE. ¿SON LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA UNA ALTERNATIVA RAZONABLE?*

Civil litigation for environmental damages: are the so-called rights of nature an alternative?

GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN

Profesor ayudante doctor de Derecho procesal
Universidad Complutense de Madrid**
gschuman@ucm.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE POR PARTE DE LOS PODERES PÚBLICOS: EL *PUBLIC ENFORCEMENT*. 1. El Convenio de Aarhus y la Ley 27/2006: el derecho de acceso a la justicia en materia medioambiental. 2. La «acción popular» en materia medioambiental: la sociedad civil como un agente *quasifiscalizador* de la actividad de la administración pública. 3. La Ley 26/2007: el monopolio estatal en la exigencia de la reparación del daño medioambiental. III. LA LITIGACIÓN CIVIL POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES. 1. Los daños a particulares y los daños medioambientales puros causados por actividades contaminantes. 2. La responsabilidad civil por daños a particulares: el fundamento jurídico de la acción. 3. La responsabilidad civil por daños medioambientales puros: el fundamento jurídico de la acción. 4. Excurso: la litigación medioambiental transfronteriza. IV. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. 1. La «personificación» de elementos naturales: ¿una ficción jurídica útil? 2. La capacidad para ser parte y la capacidad procesal del elemento natural. 3. Los derechos de la naturaleza: ¿una alternativa razonable *de lege ferenda*? 4. La tutela colectiva del medio ambiente. V. CONCLUSIÓN.

Resumen: El 3 de octubre del 2022 se publicó en el BOE la Ley 19/2022 que reconoce la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y su cuenca. La ley atribuye personalidad jurídica a la laguna (art. 1 Ley 19/2022) y le reconoce determinados derechos: el derecho a existir, a la protección, a la conservación y a la restauración

* Este trabajo fue presentado como ponencia en la «IAPL Post-Doctoral Summer School» de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, celebrada en Madrid del 19 al 21 de junio del 2023. Además, se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Eficiencia y acceso a la justicia en tiempos de austeridad” (PID2021-122647NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por los profesores Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peietado Mariscal.

** <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

(art. 2 Ley 19/2022). La atribución de personalidad jurídica a elementos de la naturaleza no es algo nuevo en el panorama internacional. Esta realidad, prácticamente desconocida en los ordenamientos europeos, se enmarca en la corriente de los denominados *derechos de la naturaleza*. Este trabajo tiene como finalidad analizar la litigación civil por daños al medio ambiente y, en específico, si los denominados derechos de la naturaleza son *de lege ferenda* una alternativa viable para encauzarla. Para ello se examinará (i) la participación que *de lege lata* tiene la sociedad civil en la protección del medio ambiente a través del *public enforcement* atribuido a la administración pública; (ii) las acciones civiles por daños medioambientales; y (iii) si los derechos de la naturaleza son una opción técnicamente adecuada para potenciar la reparación de los daños medioambientales en la justicia civil.

Palabras clave: Proceso civil, Litigación medioambiental, Derechos de la naturaleza

Abstract: On the 3rd of October 2022, Law 19/2022 on the recognition of the legal status of the Mar Menor lagoon was published in the Spanish Official State Gazette (BOE). The law attributes the lagoon legal status (Article 1 Law 19/2022) and certain rights: the right to exist, protection, conservation and restoration (Article 2 Law 19/2022). The attribution of legal status to elements of nature is not new on the international scene. This theory, which is completely new in European legal orders, is known as the rights of nature. This paper aims to analyse civil litigation for environmental damages and whether the so-called rights of nature are a viable alternative *de lege ferenda*. To this end, it examines (i) the participation of civil society in environmental protection through *public enforcement* mechanisms in the Spanish legal order; (ii) the cause of action for environmental damage claims; and (iii) whether rights of nature are a good option to enhance the protection of nature in civil justice.

Keywords: Civil proceedings, Litigation for environmental damages, Rights of nature

I. INTRODUCCIÓN

El 3 de octubre del 2022 se publicó en el BOE la Ley 19/2022 que reconoce la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y su cuenca. La ley atribuye personalidad jurídica a la laguna (art. 1 Ley 19/2022) y le reconoce determinados derechos: el derecho a existir, a la protección, a la conservación y a la restauración (art. 2 Ley 19/2022). Además, conforme a su artículo 6, «cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor». En función de la tutela que se pretenda, será el orden jurisdiccional penal, el civil o el contencioso-administrativo el competente por razón de la materia (art. 4 Ley 19/2022).

La atribución de personalidad jurídica a elementos de la naturaleza —*v.gr.*, a un río, una selva, un bosque o un arrecife de coral— no es algo nuevo en el panorama internacional. Esta realidad, prácticamente desconocida en los ordenamientos europeos, se enmarca en la corriente de los denominados *derechos de la naturaleza*.

La progresiva toma de conciencia social en torno al cambio climático ha supuesto que la protección del medio ambiente se convierta en una de las prioridades políticas en la UE. Una buena muestra de ello es el paquete de medidas que conforman el conocido como *Green Deal* de la Comisión Europea presidida por Ursula von der Leyen¹. Las energías renovables como motor económico y la protección del entorno natural se consolidan como *leitmotiv* en la agenda política europea.

En este contexto, el trabajo tiene como finalidad analizar la litigación civil por daños al medio ambiente y, en específico, si los denominados derechos de la naturaleza son *de lege ferenda* una alternativa viable para encauzarla. Para ello se examinará (i) la participación que *de lege lata* tiene la sociedad civil en la protección del medio ambiente a través del *public enforcement* atribuido a la administración pública; (ii) las acciones civiles por daños medioambientales; y (iii) si los derechos de la naturaleza son una opción técnicamente adecuada para potenciar la reparación de los daños medioambientales en la justicia civil.

II. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE POR PARTE DE LOS PODERES PÚBLICOS: EL *PUBLIC ENFORCEMENT*

La protección del medio ambiente tradicionalmente se ha canalizado a través del *public enforcement* atribuido a la administración pública. En función de las competencias que tenga atribuidas, la administración fiscalizará o sancionará a los particulares por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa medioambiental. Esta actuación administrativa se encauza a través del procedimiento administrativo y, en su caso, a través de la impugnación judicial del acto administrativo que en aquel se adopte. Por ello, esta dimensión pública del Derecho medioambiental desemboca ordinariamente en la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. EL CONVENIO DE AARHUS Y LA LEY 27/2006: EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

Con el objetivo de potenciar la efectividad del *public enforcement* atribuido a la administración, el 25 de junio de 1998 se firmó el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de

¹ Comunicación de la Comisión. El Pacto Verde Europeo [COM(2019) 640 final].

Aarhus). El Convenio fue ratificado por el Estado español y por la propia UE en los años 2004 y 2005, respectivamente.

El objetivo principal del Convenio de Aarhus es institucionalizar la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental. Esto se consigue reconociendo a determinados particulares el derecho a tener acceso a información medioambiental en poder de la administración pública (art. 4 Convenio de Aarhus), el derecho a participar en la toma de decisiones que tengan un efecto en el entorno natural (art. 6 Convenio de Aarhus) y el derecho de acceso a la justicia en esta materia (art. 9 Convenio de Aarhus)².

El derecho de acceso a la justicia incorpora dos vertientes claramente diferenciadas en el Convenio³. Por un lado, se impone a los Estados que tengan recursos judiciales efectivos para tutelar los propios derechos materiales reconocidos en el tratado —*i.e.*, los derechos a la información y a la participación— (arts. 9.1 y 9.2 Convenio de Aarhus). Por otro lado, se impone que los Estados velen por que «los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional» (art. 9.3 Convenio de Aarhus).

Para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Convenio, la UE elaboró la Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental y la Directiva 2003/35/CE sobre la participación del público y el acceso a la justicia en materia medioambiental⁴. Estas directivas fueron

² Un resumen del Convenio puede encontrarse en COMISIÓN ECONÓMICA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EUROPA, *Guía Rápida de la Convención de Aarhus* [Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/servicios/informacion/guiarapidadelconvenioaarhus_tcm30-102246.pdf]. Debe señalarse que el Convenio impone que los Estados firmantes atribuyan estos derechos al «público»: «una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas (art. 2.4 Convenio Aarhus).

³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Legitimación procesal en materia de medio ambiente” en EMBID IRUJO, A., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, p. 420.

⁴ Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

transpuestas al ordenamiento español a través de la Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

En relación con el derecho de acceso a la justicia —y de forma paralela al Convenio— se reconoce en la Ley 27/2006, por un lado, el derecho a la tutela administrativa y judicial de los derechos de información y participación (arts. 3 y 20 Ley 27/2006)⁵. Y, por el otro, se contempla una «acción popular en asuntos medioambientales» que autoriza a impugnar actos y omisiones *de las administraciones públicas* «que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente» (art. 22 Ley 27/2006).

La legitimación para el ejercicio de esta «acción popular» está restringida a aquellas personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 23 de la propia Ley 27/2006⁶. Expuesto este marco general, corresponde ahora centrarse en esta última vertiente del derecho de acceso a la justicia.

Ejemplo. El Ministerio con competencias en la materia autoriza la instalación de una nueva planta nuclear (art. 28 Ley 25/1964). Conforme al artículo 10 de la Ley 27/2006, una asociación medioambiental solicita al Ministerio la información obrante en el expediente administrativo de autorización en el que se examina cómo afecta la actividad al entorno natural.

El Ayuntamiento de Madrid está en proceso de modificación de su plan de movilidad. Conforme al artículo 17 de la Ley 27/2006, una asociación medioambiental solicita al consistorio que se acuerde un plazo de audiencia pública para presentar sus opiniones sobre los cambios que se proponen.

Una empresa dedicada a la industria química vierte residuos en la laguna estigia. Aunque esta actividad es sancionable conforme el artículo 108.2.c) de la Ley 7/2022, la administración competente no inicia ningún expediente sancionador. Conforme al artículo 22 de la Ley 27/2006, una asociación medioambiental interpone una demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la inactividad de la administración pública (art. 25.2 Ley 29/1998).

⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Legitimación procesal en materia de medio ambiente”, *op. cit.*, p. 420; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, 5ª ed., Madrid, 2022, pp. 100-103.

⁶ Artículo 23 Ley 27/2006: «Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular. b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos. c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa».

2. LA «ACCIÓN POPULAR» EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL: LA SOCIEDAD CIVIL COMO UN AGENTE *QUASI*/FISCALIZADOR DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aunque la protección del medioambiente a través del *public enforcement* está atribuida a la administración *pública*, es posible que por distintas razones esta no lleve la labor de control que le es encomendada. Es más, no será inusual que la actividad contaminante haya sido previamente autorizada por la propia administración pública que tiene atribuido su control; que esta no tenga los medios materiales para ejercerlo efectivamente; que participe de algún modo económicamente en la actividad; o, directamente, que exista una corrupción institucionalizada que bloquee su esperado funcionamiento⁷.

La «acción popular» en materia medioambiental convierte a la sociedad civil —*rectius*, a las personas jurídicas legitimadas para su ejercicio (art. 23 de la Ley 27/2006)— en un agente *quasi* fiscalizador de la actividad de la administración pública. Y, con ello, también del ejercicio del *public enforcement* encomendado a ella. Se está ante un peculiar fenómeno conforme al cual los particulares asumen un papel de control de la actividad pública. Su fundamento se encuentra en el ya señalado riesgo de inacción o de acción desviada de la administración⁸.

En la medida en que se controla la actividad de la administración —y de este modo, indirectamente la aplicación del Derecho administrativo medioambiental— es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente por razón de la materia para conocer de esta acción popular (art. 23 Ley 27/2006). En principio, aquellas personas legitimadas pueden impugnar «[l]os actos y, en su caso, las omisiones *imputables a las autoridades públicas*». No es por ello controlable directamente la actuación de los particulares por esta vía.

Si bien se mira, el control de la actividad de la administración pública supondrá indirectamente la fiscalización de la actuación de los particulares que incumplen la normativa inaplicada o aplicada de forma defectuosa por aquella. Ahora bien, la actividad de control propia de *esta «acción popular» no puede desvincularse de la actuación administrativa en sí misma considerada*. Si se quiere, es necesario «triangular» y controlar la actuación de los

⁷ En este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 95.

⁸ En relación con ello, SALAZAR ORTUÑO, E., *El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 80-81.

agentes contaminantes a través del control que sobre ellos debería llevar a cabo la administración. Las pretensiones que podrán ejercitarse (arts. 31 y 32 LJCA) y el contenido de la sentencia (art. 71 LJCA) serán las propias de este orden jurisdiccional. Por ello, lo normal será que de estimarse la demanda la administración deba iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, de exigencia de reparación del daño medioambiental o aquel que corresponda para cumplir con el fallo judicial.

En relación con ello, es oportuno señalar que —pese a su denominación legal— la «acción popular en asuntos medioambientales» del artículo 22 de la Ley 27/2006 no es realmente tal⁹. Las acciones populares se caracterizan justamente por tratarse de una acción que da a *todos* el derecho a obtener una tutela jurisdiccional concreta¹⁰. La legitimación como presupuesto jurídico-material del derecho de acción, sin desaparecer, es predicable respecto de cualquiera. Por definición, en el momento en que se restrinja la legitimación para su ejercicio, la acción deja de ser popular.

Existen varias acciones populares en el Derecho administrativo español. Entre ellas, las reguladas en el artículo 62 de la Ley del Suelo, el artículo 47.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, el artículo 8.2 de la Ley de Patrimonio histórico español o el artículo 109 de la Ley de costas¹¹. Todas ellas pueden calificarse de (auténticas) acciones públicas, pues la legitimación para su ejercicio no está restringida.

Se ha puesto en duda si la Ley 27/2006 al restringir la legitimación para el ejercicio de la «acción popular» o al impedir el control directo de la actuación de los particulares realmente cumple con las exigencias del artículo 9.3 Convenio de Aarhus. Desde luego, un examen de esta cuestión —y de la pretendida aplicación directa del Convenio— desborda el propósito de estas líneas. No obstante, es claro que el Convenio de Aarhus y la Ley 27/2006 instauran un modelo que convierte a determinados representantes de la sociedad civil en un agente más en la protección del medio ambiente. Los

⁹ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Legitimación procesal en materia de medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 416-419; PONS PORTELLA, M., “La acción popular en asuntos medioambientales”, *Revista de Administración Pública*, 206, 2018, pp. 188-193.

¹⁰ Por ello se ha dicho que «[e]n la acción popular [...] cualquiera puede impugnar el acto lesivo. No se exige condición alguna especial para estar legitimado activamente. Cualquiera puede demandar del órgano jurisdiccional competente la anulación del acto que infringe el Ordenamiento jurídico [...] El carácter público de la acción excluye cualquier limitación subjetiva» (GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. I. Civitas*, 5ª ed., Cizur Menor, 2008, p. 534 y 539). En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho procesal administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 48-50; XIOL RIOS, J. A., *et al.*, *Derecho procesal administrativo. Tomo II*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 464-472.

¹¹ Puede encontrarse una lista exhaustiva en GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios I, op. cit.*, p. 535.

particulares se vuelven partícipes —*rectius*, fiscalizadores— de la aplicación del *public enforcement* en materia medioambiental.

3. LA LEY 26/2007: EL MONOPOLIO ESTATAL EN LA EXIGENCIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MEDIOAMBIENTAL

Todavía en el plano del *public enforcement* está la Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental, que transpone en nuestro ordenamiento interno la Directiva 2004/35/CE.

La ley establece una responsabilidad por daños medioambientales ocasionados por particulares y por las amenazas inminentes de que tales daños ocurran (art. 3 Ley 26/2007). De este modo, se positiviza en el ordenamiento el principio «quien contamina paga». El texto crea un régimen de responsabilidad objetiva —*i.e.*, no es necesaria la concurrencia de culpa o negligencia—. La ley pretende a través de la exigencia de la responsabilidad el resarcimiento y la reparación de los «daños medioambientales puros» que, como se verá, son aquellos que se ocasionan directamente al entorno natural en sí mismo considerado (*vid infra*). La Ley 26/2007 se centra en la reparación de estos daños y, por ello, no regula el ejercicio de acciones por daños sufridos por otros particulares como consecuencia de la actividad nociva (art. 5 Ley 26/2007)¹². De hecho, se determina que los particulares «no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley» (art. 5.2 Ley 26/2007).

Para valorar el alcance real de este régimen, especial atención debe prestarse a los supuestos de inexigibilidad de la obligación de reparar el daño medioambiental regulados en el artículo 14 Ley 26/2007¹³. Entre ellos, el operador «no estará obligado a sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños » cuando «el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable» [art. 14.2.a) Ley 26/2007].

Los procedimientos administrativos de exigencia de la responsabilidad medioambiental «se iniciarán bien de oficio, bien a solicitud del operador

¹² En relación con el artículo 5 de la Ley 26/2007, *vid.*, CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales preexistente a la ley” en LOZANO CUTANDA, B. (coord.), *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 158-160; DE MIGUEL PERALES en VV.AA., *Practicum daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 444.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 446-447.

o de cualquier otro interesado». También podrán iniciarse a solicitud de determinadas personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos establecidos en la ley (art. 41 Ley 26/2007 en relación con el art. 4 de la Ley 39/2015).

De iniciarse el procedimiento administrativo, la resolución que en él se dicte podría ser impugnada judicialmente por aquellos interesados (art. 25 Ley 29/1998)¹⁴. En el caso de que la administración no inicie el procedimiento de exigencia de responsabilidad, la inactividad administrativa sería impugnable jurisdiccionalmente con base en la Ley 26/2007 o a través de la propia «acción popular» de la Ley 27/2006.

De este modo, se reconoce también un papel *quasi* fiscalizador de la sociedad civil en el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad por daños medioambientales. La Ley 26/2007 supone así otro mecanismo que autoriza a la sociedad civil a participar en el *public enforcement* en materia medioambiental¹⁵.

III. LA LITIGACIÓN CIVIL POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES

Como consecuencia de las características y las limitaciones propias de los mecanismos de *public enforcement*, en los últimos años se están explorando nuevas alternativas para articular la protección del medioambiente en el orden civil. Se pretende con ello encontrar vías para controlar directamente la actividad contaminante llevada a cabo por otros particulares; y ello sin tener que hacerlo a través de la «triangulación» con la administración pública propia de los mecanismos ya expuestos (*vid. supra*)¹⁶.

Ejemplo. X es una empresa multinacional de la industria química que opera en España y que vierte productos contaminantes en la laguna estigia. Y, una asociación medioambiental, demanda a X ante los tribunales civiles españoles pretendiendo que se le condene a cesar en el vertido y a reparar el daño medioambiental causado.

En este contexto se enmarcan las demandas por daños medioambientales presentadas por ONGs o particulares frente a empresas contaminantes. Litigios de este tipo están pendientes y afloran en distintas jurisdicciones de

¹⁴ En Alemania, la Directiva 2004/35/CE se transpuso a través de la *Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz)*. Sus §§ 10 y 11 *USchadG* regulan el derecho de los afectados y determinadas asociaciones a solicitar el inicio del procedimiento administrativo e impugnar judicialmente las decisiones que en él se adopten.

¹⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, *op. cit.*, pp. 90-95.

¹⁶ WELLER/NASSE/NASSE, “Climate change litigation in Germany” en KAHL/WELLER, *Climate change litigation*, Beck-Hart-Nomos, München, 2021, pp. 380-381.

nuestro entorno¹⁷. Se trata, en definitiva, de proteger el medio ambiente en el marco de la justicia civil.

Son muchos los tipos de litigios que podríamos incluir en la noción de «litigación civil medioambiental». Además de las (típicas) acciones por daños, encontramos otras como las acciones de cesación por prácticas desleales o publicidad medioambiental engañosa —*Greenwashing*—¹⁸. También la denominada *climate change litigation*, que es aquel tipo de litigación que pretende la adopción de políticas públicas o empresariales que frenen el calentamiento global —*v.gr.*, a través de la adopción de medidas que permitan el cumplimiento del Acuerdo de París—.

1. LOS DAÑOS A PARTICULARES Y LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES PUROS CAUSADOS POR ACTIVIDADES CONTAMINANTES

Antes de profundizar en el análisis de cuestiones materiales y procesales particulares de este tipo de litigación, es oportuno examinar los tipos de daños que en abstracto puede ocasionar una actividad contaminante: los daños a particulares y el daño medioambiental puro¹⁹.

En principio, es posible que la actividad nociva genere *daños en los bienes o la salud de un individuo o un grupo de individuos determinados*²⁰. En estos casos, estos podrán pretender conforme al régimen de responsabilidad civil la reparación *in natura* del daño o la indemnización de los daños sufridos y, en cualquier caso, el cese de la actividad dañosa (*vid. infra*).

Ejemplo. X es un agricultor que riega sus tierras con el agua de la laguna estigia. Y, una empresa de la industria química, vierte productos contaminantes en la laguna. Como consecuencia de ello, X sufre unos daños en su cosecha del año 2022. Por ello, Y demanda a X y pretende la condena al pago de los daños que ha sufrido y la condena a cesar en la actividad nociva.

Z es un habitante de un pueblo que consume el agua de la laguna estigia donde X vierte sustancias. Como consecuencia de ello, Z sufre una intoxicación que le ocasiona una en-

¹⁷ Puede encontrarse una interesante base de datos de litigios por daños medioambientales en *Climate Change Litigation Database* [<http://climatecasechart.com/>] y en *Climate Change Laws of the World* [<https://climate-laws.org/>].

¹⁸ En relación con estas, VENDRELL CERVANTES, C., SUANZEZ DÍEZ, C., “Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 60, 2022, pp. 161-173. En relación con ello, *vid. Proposal for a Directive on substantiation and communication of explicit environmental claims* (Green Claims Directive) [COM(2023) 166 final].

¹⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, *op. cit.*, pp. 33-123; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos V*, *op. cit.*, p. 432; CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales”, *op. cit.*, p. 148.

²⁰ DE MIGUEL PERALES, *Practicum daños*, *op. cit.*, p. 436; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 109-111.

fermedad crónica en el aparato digestivo. Por ello, Z demanda a X y pretende la condena al pago de los daños que ha sufrido y a cesar en la actividad nociva.

En estos litigios, lo que los particulares pretenden es la *tutela de su esfera jurídica*. Es la reparación o la indemnización de los daños actuales o inminentes *en la persona o sus bienes* aquello que configura parte del objeto de estos procesos.

En abstracto, si el daño es producido a un conjunto identificable de individuos —*i.e.*, daños colectivos— podría plantearse su reparación a través de una acción colectiva. Sin embargo, *de lege lata* en el ordenamiento español las acciones colectivas están limitadas para la tutela de los derechos de los consumidores²¹.

En Francia, por el contrario, se contempla expresamente la posibilidad de ejercitar acciones colectivas —*l'action de groupe*— ante la jurisdicción civil por daños colectivos derivados del medio ambiente (artículo 60 LOI n° 2016-1547 y el artículo L142-3-1 del *Code de l'environnement*)²². La legitimación extraordinaria para ello está limitada a determinadas asociaciones habilitadas que tengan como objeto la defensa de víctimas por daños o la protección del medio ambiente²³.

El *daño ambiental puro* —*reiner ökologischer Schäden*— es aquel que se ocasiona al entorno natural en sí mismo considerado —*v.gr.*, la contaminación de una laguna o la deforestación de un bosque—²⁴.

Ejemplo. Y, una empresa de la industria química, vierte sustancias en la laguna estigia. La contaminación de la laguna y el daño a su flora y fauna son daños medioambientales puros.

²¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Legitimación procesal en materia de medio ambiente”, *op. cit.*, p. 397; HERRERO PEREZAGUA, J. F., “Contaminación acústica y tutela inhibitoria en el proceso civil” en EMBID IRUJO, A., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 446-447; CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales”, *op. cit.*, p. 158.

²² Article L142-3-1 Code de l'environnement: «II. - Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent code, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée devant une juridiction civile ou administrative».

²³ Article L142-3-1V Code de l'environnement: «IV. - Peuvent seules exercer cette action: 1° Les associations, agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres; 2° Les associations de protection de l'environnement agréées en application de l'article L. 141-1»

²⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, *op. cit.*, pp. 35-47; WAGNER/ARNTZ, “Liability for climate damages – Germany as an international pioneer?” en KAHL/WELLER, *Climate change litigation*, Beck-Hart-Nomos, München, 2021, p. 423. El considerando 24 del Reglamento Roma II considera que «[p]or “daño medioambiental” debe entenderse el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos».

Expuesta esta tipología de daños, es posible adentrarse en el estudio de algunos de los aspectos procesales y materiales de la litigación civil por daños derivados de actividades contaminantes.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A PARTICULARES: EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA ACCIÓN

En relación con los daños medioambientales que generan un daño en la esfera jurídica de un individuo, desde una perspectiva material se está ante un supuesto de *responsabilidad civil extracontractual*²⁵. En estos casos, normalmente el actor pretenderá la reparación o la indemnización por los daños causados y, en cualquier caso, el cese de la actividad dañosa²⁶. El fundamento jurídico de la causa de pedir será el artículo 1902 CC —y, en algunos casos, otros preceptos como los artículos 7.2, 590 o 1908.2º CC—²⁷.

Como cualquier otro supuesto de responsabilidad civil extracontractual, el actor tiene la carga de alegar y probar la existencia de una acción u omisión, un daño, la relación de causalidad entre ambos y un título de imputación —culpa o negligencia—²⁸.

En relación con ello, y como puede imaginarse, las principales dificultades en este tipo de pleitos están asociadas a la prueba de los daños y la relación de causalidad entre estos y la actividad contaminante²⁹.

²⁵ GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, *op. cit.*, pp. 57-59.

²⁶ En relación con las tutelas judiciales disponibles, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2017, pp. 597-604; HERRERO PEREZAGUA, J. F., “Contaminación acústica y tutela inhibitoria en el proceso civil”, *op. cit.*, pp. 423-457. En el ordenamiento alemán, WAGNER/ARNTZ, “Liability for climate damages – Germany as an international pioneer?”, *op. cit.*, pp. 406-428; CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales”, *op. cit.*, p. 149.

²⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Legitimación procesal en materia de medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 391, 393; CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales”, *op. cit.*, p. 149. Un interesante resumen del régimen de responsabilidad civil por daños medioambientales en Alemania puede encontrarse en WELLER/NASSE/NASSE, “Climate change litigation in Germany”, *op. cit.*, pp. 398-403; WAGNER/ARNTZ, “Liability for climate damages – Germany as an international pioneer?”, *op. cit.*, pp. 406-428; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 104-105.

²⁸ Es importante señalar que «es doctrina jurisprudencial consolidada que ni la autorización administrativa ni la adecuación de la actividad al estándar reglamentario excluyen la responsabilidad por daños a particulares. Se argumenta que las reglamentaciones constituyen sólo disposiciones técnicas de carácter general y preventivo, que no impiden que el perjudicado ejercite sus acciones civiles» (CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales”, *op. cit.*, p. 152).

²⁹ DE MIGUEL PERALES, *Practicum daños*, *op. cit.*, pp. 439-441; CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales”, *op. cit.*, pp. 153-156; WELLER/

Ejemplo. X es un agricultor que riega sus tierras con el agua de la laguna estigia. Y, una empresa de la industria química, vierte productos contaminantes en la laguna. Como consecuencia de ello, X sufre unos daños en su cosecha del año 2022. En un caso como este parece clara la relación de causalidad entre el daño y la actuación del agente contaminante.

X es un agricultor que vive en Asturias. Y, una empresa dedicada a la industria del carbón, produce humos contaminantes en la cuenca minera. X sufre un cáncer de pulmón que considera que es fruto del alto nivel de sustancias vertidas en el aire que lleva décadas respirando. Como consecuencia de lo anterior, demanda a Y pretendiendo la condena al resarcimiento del daño corporal sufrido y el cese en la actividad contaminante. En estos casos, será difícil poder fijar como cierto a efectos del proceso que el cáncer de pulmón de X tiene una relación de causalidad directa con la actividad contaminante de Y.

Como consecuencia de las limitaciones jurídicas y prácticas del tradicional régimen de responsabilidad civil, se ha intentado buscar otros fundamentos jurídicos de estas acciones de reparación o indemnización: la protección de los derechos fundamentales o la responsabilidad social corporativa³⁰.

Por un lado, el TEDH ha considerado que existe una vulneración del derecho a la vida e la integridad física o al disfrute de una vida personal y familiar (arts. 2 y 8 CEDH) cuando los individuos estén expuestos a actividades contaminantes³¹. Y ello siempre que la exposición afecte *directa y gravemente* a su salud o vida familiar³². La interpretación que de estos derechos realiza el TEDH se integra (art. 10.2 CE) en los derechos a la vida (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) reconocidos en la Constitución española. Por ello, cuando sea otro individuo el que vulnere estos derechos, podrá pretenderse judicialmente su tutela ordinaria ante los tribunales civiles (art. 249.1.2.º LEC).

NASSE/NASSE, “Climate change litigation in Germany”, *op. cit.*, p. 402; WAGNER/ARNTZ, “Liability for climate damages – Germany as an international pioneer?”, *op. cit.*, pp. 427-428; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 115-116.

³⁰ En este sentido *vid.*, la Propuesta de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937; Propuesta del Consejo de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. [Más información disponible en: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_es].

³¹ En este sentido, *vid. Guide to the case-law of the European Court of Human Rights (2022)* [Disponible en: <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/environment>]. En el mismo sentido, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (2022)*. [Disponible en: <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/article-8>]. Igualmente, DE MIGUEL PERALES, *Practicum daños*, *op. cit.*, pp. 446-449.

³² *Guide to the case-law of the European Court of Human Rights (2022)*, pp. 23-29,

Es importante señalar que de estos derechos también se derivan *obligaciones positivas de protección* para el Estado³³. Estas se concretan en su obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física de las personas frente a actividades contaminantes llevadas a cabo por otros particulares —o por el propio Estado—. Por ello, en el caso de que no se adopten medidas para prevenir el daño o no se protejan judicialmente estos derechos fundamentales, la víctima podrá acudir en amparo ante el TC o ante el TEDH pretendiendo su tutela³⁴. Esta tendrá la carga de alegar y probar la existencia de la vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH: el daño grave en su esfera jurídica, su relación de causalidad con la actividad contaminante y la falta de protección por parte del Estado³⁵.

En este sentido, es de especial interés la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo del 2021 (asunto *Neubauer*)³⁶. Esta resolución se enmarca en la referida *climate change litigation* (vid. *supra*). En lo que ahora interesa, el tribunal sostiene que del derecho a la vida y a la integridad física [art. 2(2) GG] nacen obligaciones positivas de protección para el Estado frente a riesgos derivados de actividades contaminantes³⁷. Estas obligaciones de protección derivadas de la dimensión objetiva y subjetiva del derecho fundamental se conectan con la obligación del Estado de proteger el medio ambiente (art. 20a GG). Aunque este último no es un derecho fundamental —sino un principio rector—, es un precepto del que se derivan para el Estado obligaciones exigibles judicialmente —*justiziable Rechtsnorm*—³⁸. A conclusiones similares se podría llegar en nuestro ordenamiento con base en los artículos 15 —derecho a la vida— y 45 CE —derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como principio rector de la política social y económica—.

Por otro lado, se identifica a nivel europeo una clara tendencia por crear y consolidar regímenes de *responsabilidad social corporativa* derivada de daños al medio ambiente o a los derechos humanos. A través de estos se

³³ Entre otros, vid. Asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (application no. 53600/20) [STEDH Gran Sala].

³⁴ *Guide to the case-law of the European Court of Human Rights* (2022), pp. 78-80.

³⁵ *Guide to the case-law of the European Court of Human Rights* (2022), pp. 30-38.

³⁶ Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

³⁷ «Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen» (Leitsätze 1^o, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20).

³⁸ «Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz. Dies zielt auch auf die Herstellung von Klimaneutralität (Leitsätze 2^o, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20).

imponen a los agentes económicos determinados deberes de cuidado —de diligencia debida—. En este contexto se inserta la propuesta de Directiva de la Comisión sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad³⁹. La propuesta de Directiva hace a las empresas responsables civiles (art. 22) por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención (art. 7) y eliminación de los daños ocasionados en materia medioambiental (art. 8). Este nuevo marco —todavía en desarrollo— supondrá otro sustrato material en el que apoyar las acciones de resarcimiento y reparación de los daños sufridos como consecuencia de las actividades contaminantes.

Alemania cuenta actualmente con la ley de diligencia debida en la cadena de suministros —*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*—⁴⁰. En ella también se incorporan deberes de cuidado relacionados con la protección de los derechos humanos y el medio ambiente (§ 2 *LkSG*). Ahora bien, y a diferencia de la actual propuesta de Directiva europea, la ley excluye expresamente toda responsabilidad civil derivada del incumplimiento de estos deberes [§ 3(3) *LkSG*]. En principio, el § 11 permite a determinados sindicatos u ONG's nacionales pretender judicialmente el cumplimiento de estos deberes de cuidado en representación de las víctimas⁴¹. Sin embargo, se considera que no exista una situación individualizada que sea jurídicamente tutelable —*Geschützte Rechtspositionen*— por la naturaleza de las obligaciones de diligencia que respecto del medio ambiente se imponen⁴². De este modo, la eventual aprobación de la directiva europea sobre diligencia debida impondrá la adaptación de la ley alemana en este punto⁴³.

Francia cuenta también con una ley sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente —*LOI no 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés*—⁴⁴. A diferencia de la ley alemana, en ella sí se incorpora un régimen de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de los deberes de diligencia debida en materia medioambiental⁴⁵.

³⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM(2022) 71 final]. En especial, *vid.* el documento de toma de posición del Consejo de la UE sobre la propuesta [15024/1/22 REV 1].

⁴⁰ Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG).

⁴¹ § 11 LkSG: «(1) Wer geltend macht, in einer überragend wichtigen geschützten Rechtsposition aus § 2 Absatz 1 verletzt zu sein, kann zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Rechte einer inländischen Gewerkschaft oder Nichtregierungsorganisation die Ermächtigung zur Prozessführung erteilen. (2) Eine Gewerkschaft oder Nichtregierungsorganisation kann nach Absatz 1 nur ermächtigt werden, wenn sie eine auf Dauer angelegte eigene Präsenz unterhält und sich nach ihrer Satzung nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend dafür einsetzt, die Menschenrechte oder entsprechende Rechte im nationalen Recht eines Staates zu realisieren».

⁴² En este sentido, JOHANN-SANGI “§ 11” en *LkSG*, Nomos, Baden-Baden, 2023, Rn. 5, 1; LEYENS, § 11 LkSG en HOPT (dir), *Handelsgesetzbuch*, C. H. Beck, 42^a ed., München, 2023, Rn. 1.

⁴³ JOHANN-SANGI “§ 11 LkSG”, *op.cit.*, Rn. 25-30.

⁴⁴ *LOI no 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

⁴⁵ *LOI no 2017-399*: «Art. 225-102-5. – Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code

En definitiva, es el (tradicional) régimen de responsabilidad civil aquella causa de pedir que integra las acciones dirigidas a conseguir la reparación y la indemnización de los daños sufridos por individuos como consecuencia de actividades contaminantes. La progresiva evolución del derecho a un medio ambiente adecuado y la futura —y previsible— aprobación de la directiva sobre la diligencia debida de las empresas supondrá la consolidación de nuevas causas de pedir.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES PUROS: EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA ACCIÓN

Como se ha dicho, normalmente las actividades contaminantes pueden generar daños en las personas y sus patrimonios. Además, es también posible que generen daños en el entorno natural en sí mismo considerado.

En principio, no existe ninguna norma en el ordenamiento que legitime a los individuos a exigir la reparación de los daños medioambientales puros. De hecho, se impide que lo hagan (art. 5.2 Ley 26/2007), pues en nuestro ordenamiento es el Estado el que tiene el monopolio para exigir su reparación (*vid. supra*)⁴⁶.

Por ello, puede afirmarse que respecto de los *daños medioambientales puros no existe una situación jurídico-material* que sea tutelable civilmente. No hay ninguna norma que apoye la causa de pedir y la legitimación del actor civil que pretenda su reparación⁴⁷.

Ejemplo. X es una empresa de la industria química que vierte sus residuos en el mar. Como consecuencia de lo anterior, daña un arrecife de coral marino. Y y Z, miembros de la asociación en defensa del coral marino, demandan a X pretendiendo la condena a que cese en su actividad nociva —condena de no hacer—. En este caso la demanda será desestimada, pues no existe ningún daño sufrido por los actores ni ningún otro elemento que justifique la tutela inhibitoria que pretenden.

engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin»; JOHANN-SANGI "§ 11 LkSG", *op. cit.*, Rn. 23.

⁴⁶ En la medida en que es el propio artículo 3.3 Directiva 2004/35/CE el que excluye el reconocimiento de derechos a los particulares derivados del daño medioambiental puro, se identifican las mismas limitaciones en países de nuestro entorno. En ese sentido, *vid.* MüKoBGB/WAGNER, "§ 823", Rn. 1047-1050.

⁴⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, *op. cit.*, pp. 35-43; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos V*, *op. cit.*, pp. 432-435; CARRASCO PEREA, Á., "El régimen civil de la responsabilidad por intrusiones ambientales", *op. cit.*, pp. 156-157.

El Derecho privado actual —y, con ello, la justicia civil— se centra en la protección del individuo —*rectius*, de su persona y sus bienes— frente a actividades contaminantes: esta es la *posición jurídica tutelable*.⁴⁸ Y, por ello, puede afirmarse que «sin víctima no hay daño»⁴⁹. Solo cuando exista algún individuo afectado podrá pretenderse la condena a indemnizar o cesar en la actividad⁵⁰. Solo indirectamente y de forma refleja la reparación de los daños individuales podrá repercutir en la reparación del daño medioambiental puro⁵¹.

Como se sabe, la víctima de un daño puede pretender distintas tutelas: el cese de la actividad dañosa —condena de no hacer— su reparación *in natura* —condena de hacer— o la indemnización de los daños sufridos —condena dineraria—. No es descartable que en algunos casos las tutelas civiles pretendidas por particulares repercutan indirecta o reflejamente en la protección del entorno natural.

Ejemplo. A lleva a cabo actividades nocivas que generan a B un daño. B podrá pretender que A cese en su actividad dañosa. De estimarse la demanda, B habrá conseguido de forma refleja que A deje de contaminar.

⁴⁸ «Der eigentliche Schaden an der Umwelt als kollektivem Rechtsgut, der sog. ökologische Schaden, wird vom privaten Umwelthaftungsrecht nur erfasst, sofern er sich zugleich als eine Verletzung individueller Rechtsgüter darstellt» (MüKoBGB/WAGNER, “§ 823”, Rn. 1046).

⁴⁹ «Y es que bajo los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil, para que esta exista debe existir un daño; pero este no puede existir en abstracto sino en relación a una persona que lo padece [...] sin víctima no hay daño» (GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, *op. cit.*, p. 42). En el mismo sentido se ha dicho que «La protección de la responsabilidad civil de modo primero es a la propiedad y a la salud de las personas. De ellos se deriva, indirectamente (pero no por ello menos eficazmente), una protección al medio ambiente, pero sólo en cuanto hay un bien patrimonial o personal que ha sido dañado. De no darse tal daño, el ordenamiento jurídico dispone de otros medios para reacción, a través de los Derechos administrativo y penal» (DE MIGUEL PERALES, *Practicum daños*, *op. cit.*, p. 436); CORDERO LOBATO, E., “Intereses privados y daños ambientales” en ATAZ LÓPEZ, J., *et al.*, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños Tomo I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1605-1606.

⁵⁰ «Einen Ersatz ökologischer Schäden an nicht privat zugeordneten Naturgütern [...] Soweit solche Naturgüter beeinträchtigt werden, liegt es nahe, eine Anspruchsberechtigung des Staates und seiner Untergliederungen als „Treuhand“ der Allgemeinheit für den Ersatz solcher Schäden zu begründen» (LANDMANN-ROHMER/REHBINDER, “§ 16 UmweltHG”, *Umweltrecht*, C. H. Beck, München, 2022, Rn. 5).

⁵¹ «Son estas razones las que llevan a afirmar que, cuando lo que se daña es el ambiente y no a la persona o sus bienes, el Derecho civil y el sistema de responsabilidad poco pueden a ver, salvo permitir la utilización de acciones de carácter individual, que tutelan intereses individuales, pero que de manera indirecta o refleja pueden proteger el medio ambiente» (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos V*, *op. cit.*, p. 434); «Weite Bereiche der ökologischen Schäden lassen sich eigentumsrechtlich erfassen und Privatpersonen zuordnen, sodass der normale Deliktsschutz eingreift [...] In der Sache hat der europäische Gesetzgeber davon abgesehen, den haftungsrechtlichen Schutz der Umwelt mit Hilfe privater Schadensersatzklagen zu bewirken, sondern stattdessen auf behördliche Maßnahmen gesetzt» (WAGNER, G., „Haftung für Menschenrechtsverletzungen“, *RabelsZ*, núm. 80, 2016, pp. 753-754).

Se estará, en todo caso, ante una protección refleja —y más bien limitada— del medio ambiente centrada en la tutela inhibitoria⁵². Y es que, como se ha dicho, como regla general los particulares «no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales [puros] que se les hayan irrogado» (art. 5.2 Ley 26/2007).

En definitiva, la tutela del medioambiente como bien público o de interés general es monopolizada por el Estado y se canaliza a través de un régimen de Derecho público en el que el entorno natural en sí mismo considerado es aquello que se tutela judicialmente (*vid. supra*)⁵³.

4. EXCURSO: LA LITIGACIÓN MEDIOAMBIENTAL TRANSFRONTERIZA

Los litigios civiles medioambientales tienen con frecuencia una dimensión internacional derivada del carácter transfronterizo de los daños ocasionados a los particulares o al medio ambiente. En este sentido es de interés examinar cómo se regula este tipo de litigación en los reglamentos europeos de Derecho procesal e internacional privado.

En relación con la competencia internacional, conforme al Reglamento Bruselas I *bis* serán competentes para conocer de estos pleitos los tribunales del domicilio del demandado (art. 5 Bruselas I *bis*) y aquellos del lugar «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso» (art. 7.2 Bruselas I *bis*)⁵⁴.

Ejemplo. X es una empresa multinacional alemana dedicada a la industria del carbón que opera en Polonia y que emite sustancias contaminantes a la atmósfera. Y, una asociación medioambiental alemana, demanda a X ante los tribunales civiles alemanes pretendiendo la condena a que X indemnice a determinados individuos por los daños que ha ocasionado a su salud la mala calidad del aire. En este caso, Y puede justificar la competencia de los tribunales alemanes en el hecho de que X está domiciliada en Alemania o que el daño se ha producido en aquel país.

En este tipo de litigación —y como podrá imaginarse— no es inusual que exista un *forum shopping* dirigido a atribuir el conocimiento del litigio a los órganos jurisdiccionales de aquellos Estados socialmente más concien-

⁵² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos V*, *op. cit.*, p. 434.

⁵³ Por eso se ha dicho en Alemania que la ley de responsabilidad por daños medioambientales (USchadG) «steht in einer Komplementärbeziehung zum UmweltHG und zum privatrechtlichen Umwelthaftungsrecht: Während das UmweltHG und § 823 die Verletzung privater Rechtsgüter und Interessen „über den Umweltpfad“, dh durch Kontamination von Umweltmedien, erfassen, konzentriert sich das USchadG auf den Schaden an der Natur selbst. Das UmweltHG und § 823 sind einer anthropozentrischen Sicht verhaftet, das USchadG verfolgt hingegen einen ökozentrischen Ansatz» (MüKoBGB/WAGNER, “§ 823”, Rn. 1048).

⁵⁴ WELLER/NASSE/NASSE, “Climate change litigation in Germany”, *op. cit.*, pp. 387-31.

ciados y legalmente más avanzados en materia medioambiental. De este modo, no será inusual que el elemento transfronterizo identificado no sea más que una forma de justificar la competencia internacional de los tribunales de un Estado concreto.

En relación con la ley material aplicable, el artículo 7 del Reglamento Roma II determina la ley aplicable a «un daño medioambiental o [...] un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño»⁵⁵. Conforme a él, será aplicable la ley del «país donde se produce el daño» (art. 4.1 Roma II) o aquel «país en el cual se produjo el hecho generador del daño» (art. 7.1 Roma II)⁵⁶.

Como sucede en relación con la competencia judicial internacional, tampoco será inusual que el actor busque que se aplique aquel Derecho material más favorable a la estimación de sus pretensiones. Y, de hecho, es esta *facultas alternativa* lo que promueve el Reglamento.

Actualmente, y con la finalidad de aplicar una determinada ley al fondo del asunto, se defiende que el daño derivado de actividades contaminantes es ocasionado por decisiones empresariales tomadas en las oficinas centrales de la compañía. Esta construcción permite aplicar la ley del Estado en el que la empresa tiene su sede social —normalmente países europeos o más desarrollados económicamente— a daños sufridos en países distintos.

Ejemplo. X es una empresa multinacional alemana dedicada a la industria del carbón que opera en Polonia y que emite productos contaminantes a la atmosfera. Y, una asociación medioambiental alemana, demanda a X ante los tribunales civiles alemanes pretendiendo que X cese en la actividad nociva. En este caso, a Y le interesa que se aplique el Derecho alemán, por cuanto considera que el Tribunal Supremo alemán hace una interpretación de los §§ 823 y 1004 del BGB acorde a sus pretensiones. Como la sede social de X está en Alemania, Y argumenta que la actividad contaminante en Polonia deriva de las decisiones empresariales llevadas a cabo en el país germano. Y, por ello, que es el Derecho alemán aquel aplicable al fondo del asunto conforme al artículo 7.1 del Reglamento Roma II.

Así, la propia naturaleza del daño y el *forum y law shopping* asociado a este tipo de litigación —todavía en evolución— hacen que la regulación

⁵⁵ «Art. 7 Rome II covers two types of damages: first, it covers damage to the environment itself, and second, it covers both damage to persons and property if they are the result of the damage to ecology and consequence of human activity. The latter is to say, that personal injuries, damages to property and private economic losses are included in Art. 7 if, and only if, they result from damages to the environment» (FUCHS, A., “Article 7” en HUBER, P. (ed). *Rome II Regulation*, Sellier, Munich, 2011, pp. 212).

⁵⁶ WELLER/NASSE/NASSE, “Climate change litigation in Germany”, *op. cit.*, pp. 392-398; FUCHS, A., “Article 7”, *op. cit.*, pp. 202-226.

del Derecho procesal e internacional privado europeo tenga actualmente un papel importante⁵⁷.

IV. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Se ha explicado ya que los individuos que sufran *daños en su persona o sus bienes* derivados de actividades contaminantes pueden pretender judicialmente su reparación, indemnización o cese. Sin embargo, *de lege lata* no existe ningún sustrato material que permita articular la reparación del daño medioambiental puro.

El Estado preserva el monopolio de la tutela del medio ambiente. Ahora bien, se debe partir de la premisa de que es posible que *la administración pública no actúe o no lo haga como debería* (*vid. supra*). Esta inactividad supondrá, simple y llanamente, la falta de reparación del daño y la protección del entorno natural. *De lege ferenda* es razonable cuestionarse si tiene sentido que la administración tenga el monopolio de la protección de un elemento común como lo es el medio ambiente.

En las actuales coordenadas políticas, puede parecer razonable potenciar la protección del medio ambiente empoderando a la sociedad civil⁵⁸. Esto es, hacerla directamente protagonista en la prevención y la reparación de los daños medioambientales a través de la creación de herramientas jurídicas que se lo permita.

La apuesta por la *tutela judicial civil del medio ambiente* supone poner a disposición de los individuos mecanismos para la protección del entorno natural en sí mismo considerado. Y es en este marco en el que adquieren todo su sentido los denominados derechos de la naturaleza.

La teoría de los derechos de la naturaleza sostiene que determinados elementos del entorno natural —*v.gr.*, un río, un bosque, una selva o un arrecife de coral— deben tener reconocida personalidad jurídica y ser titulares de derechos materiales accionables judicialmente: el derecho a existir, a la protección, a la conservación y a la restauración. Estos derechos incorporarían la pretensión material de exigir que se respete el equilibrio

⁵⁷ En relación con ello, MANTOVANI, M., “Private International Law and Climate Change: the «Four Islanders of Pari» Case” en *EAPIL Blog*, 2023 [Disponible en: <https://eapil.org/2023/01/10/private-international-law-and-climate-change-the-four-islanders-of-pari-case/>].

⁵⁸ Empoderar: (2) Dar a alguien autoridad, influencia o conocimiento para hacer algo (Diccionario de la lengua española, 23ª ed).

natural del elemento, permitiendo el ejercicio de acciones de cesación y de reparación.

De esta manera el elemento natural pasa de ser un (mero) interés jurídico protegido a ser un sujeto de Derecho con entidad propia⁵⁹. En esta corriente se integra la Ley 19/2022 que reconoce la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y a su cuenca.

El origen más o menos identificable de esta idea se encuentra en el conocido artículo del Prof. Stone titulado «Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects» (1972)⁶⁰.

La atribución de personalidad jurídica a elementos de la naturaleza no es una realidad desconocida en el panorama internacional. De una u otra forma se ha reconocido la personalidad jurídica y atribuido determinados derechos a la Pachamama o Madre Naturaleza en Ecuador; a la Amazonia en Colombia; al río Whanganui o al parque nacional Te Urewera en Nueva Zelanda; y a los glaciares Gangotri en India, entre otros⁶¹.

Corresponde ahora examinar en qué medida se integra esta técnica en el marco hasta ahora expuesto. Y, en especial, en qué medida es una opción técnicamente adecuada para encauzar y potenciar *de lege ferenda* la litigación civil por daños medioambientales puros.

⁵⁹ Examina en detalle esta corriente BORRÀS PENTINAT, S., “Los derechos de la naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 2020, pp. 79-120. También SANZ LARRUGA, F., J., “El Mar Menor ¿sujeto de derechos? Algunas propuestas para la mejora de la aplicación del Derecho ambiental” en CANO CAMPOS, T., *et al.* (dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, Centro de publicaciones del Institucional Nacional de administración Pública, Madrid, 2022, pp. 225-233; VARGAS CHAVES, I., RODRÍGUEZ, G.A., *et al.*, “Recognizing the Rights of Nature in Colombia: the Atrato River case”, *Revista Jurídicas*, 17 (1), 220, pp. 13-41; MCKENZIE, A., “Rights of Nature: The Evolution of Personhood Rights”, *Joule: Duquesne Energy & Environmental Law Journal*, 9, 27, 2020-2021.

⁶⁰ STONE, C., “Should Trees Have Standing? – Towards Legal. Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, 45, 1972, pp. 450-501. Sobre la influencia del artículo de STONE en la sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 277 (1972) véase MOORE, T., “Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, *Fla. St. U. L. Rev.*, núm. 672, 1974, pp. 672-675.

⁶¹ Pueden encontrarse más ejemplos en BORRÀS PENTINAT, S., “Los derechos de la naturaleza en Europa”, *op. cit.*, pp. 85-91; SANZ LARRUGA, F., J., “El Mar Menor ¿sujeto de derechos?”, *op. cit.*, pp. 227-228; VARGAS CHAVES, I., RODRÍGUEZ, G.A., *et al.*, “Recognizing the Rights of Nature in Colombia”, *op. cit.*, pp. 20-22. En relación con el reconocimiento de ciertos derechos a elementos de la naturaleza, MCKENZIE, A., “Rights of Nature: The Evolution of Personhood Rights”, *op. cit.*

1. LA «PERSONIFICACIÓN» DE ELEMENTOS NATURALES: ¿UNA FICCIÓN JURÍDICA ÚTIL?

La teoría de los derechos de la naturaleza pretende pasar de un paradigma antropocentrista a otro biocentrista⁶². Conforme a este cambio, el hombre dejaría de ser el centro de la existencia —y, en lo que ahora (o solo) debe ocuparnos, del ordenamiento— y se convierte en un elemento más que se integra en su entorno natural. Estos planteamientos filosóficos son de indudable importancia e interés, pero no pueden ni deben ser abordados en estas páginas. Lo que aquí corresponde es examinar si desde una perspectiva técnica los derechos de la naturaleza son un medio útil para alcanzar un fin que *políticamente* puede considerarse deseable: crear vías y mecanismos que permitan a los individuos pretender la tutela judicial del entorno natural.

Debe partirse de una verdad de Perogrullo: el Derecho es una creación humana. Y, como tal, es un instrumento artificial que ayuda a articular la vida en sociedad, preservando la dignidad humana, la justicia y el bien común. Más allá de determinados principios o límites infranqueables, el ordenamiento es en su mayoría fruto de decisiones de política legislativa asentadas en valoraciones que cambian en un momento histórico determinado⁶³.

La atribución de personalidad jurídica a todos los individuos —*i.e.*, su consideración como sujetos de Derecho— es una cuestión que conecta directamente con la dignidad humana (art. 10.1 CE). Este es un mínimo irrenunciable —un principio «natural» o racional, como le solemos llamar— que no requiere de mayor análisis⁶⁴. Partiendo de esta base —que por suerte hoy nos parece evidente— no es inusual que el ordenamiento dote de personalidad jurídica a determinadas realidades distintas de la propia existencia humana. Las sociedades de capital, las asociaciones o las funda-

⁶² Una crítica al antropocentrismo moderno puede encontrarse en la *Carta Encíclica Laudato Si' del Santo Padre Francisco sobre El Cuidado de la Casa Común*, pp. 90 *et seq.*

⁶³ DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 39-42; DE LA OLIVA SANTOS, A., “El papel y los poderes del juez en el proceso civil”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 2010, p. 39.

⁶⁴ STONE hace un recorrido histórico de la evolución de la atribución de personalidad jurídica y de derechos a las personas a lo largo de la historia. No puede olvidarse, por ejemplo, que en Roma la personalidad jurídica estaba asociada a la condición de ciudadano libre. Esto supone que individuos como los esclavos sean considerados cosas (STONE, C., “Should Trees Have Standing?”, *op. cit.*, pp. 450-457). Tampoco puede olvidarse la responsabilidad que se atribuía a determinados animales u objetos inanimados en la antigua Grecia y Roma (STONE, C., “Should Trees Have Standing?”, *op. cit.*, pp. 450-457. Nota al pie 98).

ciones son entes a los que les otorgamos personalidad jurídica por cuanto eso nos da alguna utilidad social o económica que consideramos deseable.

Desde luego, la atribución de personalidad jurídica a estas entidades no supone dotarles del mismo estatuto jurídico que tiene un ser humano. Será el legislador el que concrete los derechos y las obligaciones que en su caso lo integren⁶⁵. Por eso, *societas delinquere non potest...* hasta que el legislador decida por razones de política legislativa que la persona jurídica es responsable penalmente (art. 31 *bis* CP).

Desde una perspectiva técnica —y debe insistirse, más allá de postulados ideológicos o filosóficos que aquí se dejan de lado—, la atribución de personalidad jurídica y de derechos materiales a elementos naturales es plenamente admisible.

La técnica de los derechos de la naturaleza tiene una utilidad concreta en el marco de la litigación por daños medioambientales puros. Al atribuirle personalidad jurídica y derechos, el elemento natural en sí mismo considerado se vuelve tutelable judicialmente —*Geschützte Rechtspositionen*—. Esta personificación y la atribución de derechos, crea un sustrato material que puede constituir la causa de pedir de acciones civiles dirigidas a conseguir su protección frente a otros particulares.

2. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y LA CAPACIDAD PROCESAL DEL ELEMENTO NATURAL

Una vez que se ha atribuido personalidad jurídica y derechos accionables al elemento natural, queda por determinar cómo se pretenderá su tutela judicial.

En principio, la atribución de personalidad jurídica al elemento natural debería traer consigo el reconocimiento de su capacidad procesal (art. 6 LEC). Con este propósito, el artículo 6 de la Ley 19/2022 contempla que las acciones judiciales que pretendan la tutela judicial de los derechos de la laguna se presentarán «en nombre del ecosistema del Mar Menor *como la verdadera parte interesada*». Por ello, y aunque con una técnica legislativa muy mejorable, la ley reconoce a la laguna su capacidad para ser parte. Ahora bien, en la medida en que el elemento natural no puede llevar a cabo actos

⁶⁵ STONE, C., “Should Trees Have Standing?”, *op. cit.*, p. 481.

procesales válidos por él mismo —*i.e.*, no tiene capacidad procesal— debe regularse quién actuará por él —representación procesal necesaria—⁶⁶.

En principio, la corriente de los derechos de la naturaleza defiende que exista un tutor del elemento natural —*guardianship*— o determinadas personas que ostenten su representación procesal en juicio⁶⁷.

La Ley 19/2022 opta por que «*cualquier persona* física o jurídica est[é] legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y pued[a] hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el Tribunal correspondiente» (art. 6 Ley 19/2022). En la medida en que la parte procesal es el Mar Menor (art. 6 Ley 19/2022), debe entenderse que los individuos actúan como *representantes procesales*⁶⁸. Como esta representación la puede ostentar cualquiera, se está ante un peculiar y novedoso supuesto de «representación procesal popular» en la jurisdicción civil.

Debe señalarse que la Ley 19/2022 instaura un supuesto de representación procesal popular; y no, como erróneamente califica la ley, de legitimación ordinaria o extraordinaria. Debe insistirse en que la parte procesal es la laguna del Mar Menor —la demanda se presentará en su nombre «*como la verdadera parte interesada*»—. No se demanda en nombre propio en interés propio o ajeno, sino que se demanda directamente en nombre de la laguna. Cuestión distinta sucede con las acciones populares contempladas en el Derecho administrativo en las que los individuos demandan en nombre propio en defensa de un interés general (*vid. supra*)⁶⁹.

La consideración del elemento natural como titular de derechos materiales y la «representación procesal popular» permite a cualquier individuo pretender —en nombre de aquel— su tutela judicial. De este modo, se potencia al máximo la protección del medioambiente en la justicia civil. El Estado pierde el monopolio en la protección del entorno natural y, con ello, se superan los límites propios del actual Derecho administrativo ambiental vinculado a la necesaria actuación de la administración pública. Esto permite que la sociedad civil controle directamente al agente contaminante, sin tener

⁶⁶ Sobre la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la representación necesaria *vid.* GAS-CÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio*, 4ª ed., 2022, pp. 162-172 [Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/74258/>].

⁶⁷ STONE, C., “Should Trees Have Standing?”, *op. cit.*, pp. 464-475.

⁶⁸ En este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción civil” en DÍAZ PITA, M.^a P. (dir.), *Horizonte Justicia 2030*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 326-330.

⁶⁹ Examina la cuestión, aunque llegando a una conclusión distinta, CORDÓN MORENO, F., “Legitimación sustantiva, procesal y administrativa para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho” en *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, octubre, 2022.

que hacerlo indirectamente a través del control —o la falta de control— que el poder público lleve a cabo sobre él.

Por ello, los derechos de la naturaleza tienen una utilidad clara. Ayudan a articular un sistema de protección del entorno natural en manos de la sociedad civil; ahora atribuido en exclusiva a la administración pública —normalmente con muy pocos incentivos o medios para actuar—⁷⁰.

3. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: ¿UNA ALTERNATIVA RAZONABLE *DE LEGE FERENDA*?

Es ahora oportuno analizar si, pese a las bondades y la utilidad práctica ya examinadas, la generalización de la técnica de los derechos de la naturaleza es una vía adecuada para potenciar *de lege ferenda* la protección del medio ambiente.

Esta elección puede responder a razones ideológicas —entendidas no de forma peyorativa, sino como el «conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época»⁷¹— o técnicas —aquellas que racionalmente se consideran «mejores» en un contexto histórico determinado—. En relación con ello, aquí se parte de la base de que cualquier medida que se proponga debe valorarse técnicamente en función de la maximización del interés políticamente deseable: potenciar la litigación civil por daños medioambientales puros.

Si se examina con detenimiento, se identificará que son varios los obstáculos ante los que se encuentran los derechos de la naturaleza. El primero de ellos es la necesaria identificación de los elementos naturales susceptibles de ser «personificados».

En efecto, existen ciertos elementos naturales que constituyen un ecosistema en sí mismo considerado: un conjunto de elementos que interrelacionados constituyen una unidad con cierta entidad propia. Esta cierta «individualidad» podría justificar su «personificación» y la protección jurídica

⁷⁰ El *public enforcement* tal como está regulado «implica que cualquier posibilidad de reparación pase por la acción correcta de las Administraciones públicas, cosa que, desafortunadamente, no debería presumirse [...] el principio “quien contamina paga” queda supeditado a la actuación de la Administración en todo lo que no sean daños individuales» (GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales*, op. cit., p. 91).

⁷¹ Diccionario de la Lengua Española (23ª ed)..

de su equilibrio natural. Por ello, lo primero que hace la Ley 19/2022 en su artículo 1 es delimitar la *unidad biogeográfica* que se personifica⁷².

Una generalización de los derechos de la naturaleza como mecanismo de protección del medio ambiente exigiría la identificación de unidades biogeográficas con una entidad suficiente que justifique su «personificación». Esto impone, primero, el establecimiento de determinados criterios que permitan la individualización de los elementos naturales. Y, segundo, la atribución de personalidad jurídica a cada uno de ellos —*v.gr.*, a la Sierra de Guadarrama (¿?), el Parque Natural de Doñana (¿?) o las Islas Atlánticas de Galicia (¿?)—.

Además, en estos procesos tendría que fijarse como cierto —*v.gr.*, a través de informes periciales— cuál es el equilibrio natural de la unidad biogeográfica. Tendría que probarse *v.gr.*, cuál es el pH o el índice de eutrofización de un río para, con ello, determinar si una determinada actividad perturba el equilibrio natural del ecosistema.

La necesaria identificación y «personificación» de las unidades biogeográficas es un obstáculo importante si se pretende la generalización de los derechos de la naturaleza como mecanismo de tutela del medioambiente en la justicia civil.

También se identifican problemas relacionados con la representación procesal del elemento natural y los límites subjetivos de la cosa juzgada⁷³. Si la parte procesal es el elemento natural en sí mismo considerado, la desestimación de la demanda impedirá a cualquier otra persona interponer otra con el mismo objeto. Por ello, la mala fe —*v.gr.*, la actuación concertada (o interpuesta) del actor con el demandado— o la impericia técnica del representante procesal obstaculizará en último término la efectiva protección del elemento natural.

⁷² Artículo 1 Ley 19/2022: «A los efectos de la presente ley, se entenderá que la cuenca del Mar Menor está integrada por: a) La unidad biogeográfica constituida por un gran plano inclinado de 1.600 km² con dirección noroeste-sureste, limitado al norte y noroeste por las últimas estribaciones orientales de las cordilleras Béticas constituidas por las sierras pre-litorales (Carrascoy, Cabezos del Pericón y Sierra de los Victorias, El Puerto, Los Villares, Columbares y Escalona), y al sur y suroeste por sierras litorales (El Algarrobo, Sierra de la Muela, Pelayo, Gorda, Sierra de La Fausilla y la sierra minera de Cartagena-La Unión, con sus últimas estribaciones en el cabo de Palos), e incluyendo la cuenca hídrica y sus redes de drenaje (ramblas, cauces, humedales, criptohumedales, etc). b) El conjunto de los acuíferos (Cuaternario, Plioceno, Messiniense y Tortoniense) que pueden afectar a la estabilidad ecológica de la laguna costera, incluyendo la intrusión de agua marina mediterránea».

⁷³ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor», *op. cit.*, pp. 331-332.

Sin embargo, el principal obstáculo que se identifica es el hecho de que los derechos de la naturaleza son una técnica totalmente desconocida en los ordenamientos europeos. Su consolidación en los distintos EE. MM. y — aún más importante— en la mentalidad jurídica europea requerirá necesariamente de un tiempo y de un consenso político que igual ya no se tienen.

4. LA TUTELA COLECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE

Una opción que permitiría generalizar la protección civil del medio ambiente superando los inconvenientes identificados es considerar que la reparación de los daños medioambientales puros es un interés supraindividual que debe ser tutelable judicialmente (art. 45 CE)⁷⁴.

La técnica de la protección de los intereses difusos en la justicia civil es conocida y está plenamente consolidada en los ordenamientos europeos. Es usual que el legislador europeo y nacional potencie la realización de determinados intereses creando sistemas de *public* y *private enforcement* coordinados entre sí. De este modo los individuos se vuelven partícipes en la realización de determinados intereses públicos. Este es el fundamento que subyace a las distintas tutelas colectivas contempladas en el Derecho de consumo (art. 54 TRLCU), de defensa de la competencia leal (art. 33.3 Ley 3/1991) o de publicidad (art. 6.2 Ley 34/1988).⁷⁵

El reconocimiento de un interés supraindividual a proteger el medio ambiente que sea tutelable judicialmente permitiría *de lege ferenda* potenciar la litigación civil por daños medioambientales sobre la base de herramientas ya conocidas y manejadas por los operadores jurídicos en la UE. Construir nuevos mecanismos de protección del entorno natural sobre la base de instituciones ya asentadas potenciará su consolidación y aplicación.

En este sentido, es de especial interés hacer referencia al régimen de responsabilidad *civil* por daños medioambientales puros —*préjudice écologique*— incorporado en los artículos 1246 *et seq.* del Código Civil francés (CCF). Conforme a este, toda persona es responsable del daño medioambiental puro y está obligado a repararlo (art. 1246 CCF)⁷⁶. La acción de exigencia de responsabilidad puede ser ejercitada, entre otros, por asociaciones que hayan sido constituidas hace más de 5 años y que tengan como objeto

⁷⁴ A favor de esta opción, AVIÑO BELENGUER, D., “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente” en CLEMENTE MEORO, M. E. *et al.* (dirs.), *Derecho de daños. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1565-1566.

⁷⁵ Para una lista ejemplificativa de aquellas tutelas colectivas civiles contempladas en el ordenamiento *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 177.

⁷⁶ Conforme al artículo 1247 CCF se considera daño medioambiental «une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement».

la protección y defensa del medio ambiente (art. 1248 CCF)⁷⁷. Entre las tutelas judiciales posibles, se determina que la reparación *in natura* sea la prioritaria. Cuando esta no sea posible, se podrá optar por la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (art. 1250 CCF).

Desde luego, para que esta técnica sea útil debería concretarse lo más posible el contenido de este interés supraindividual. En especial, en relación con la dimensión preventiva y reparadora del daño medioambiental puro.

Con este propósito, podría relacionarse este interés con la futura normativa sobre diligencia debida a las empresas (*vid. supra*). De este modo, se integraría el contenido del interés supraindividual con el poder de exigir la efectividad de los *deberes de cuidado y de protección* al medio ambiente que son impuestos a los agentes que operan en el mercado. Esto permitiría concretar las tutelas que en abstracto pueden pretenderse y, con ello, las acciones ejercitables.

De esta manera, la protección civil del medio ambiente se beneficiaría del impulso político que tienen y tendrán los deberes de diligencia debida de las empresas. La exigibilidad de su cumplimiento en la justicia civil permitiría pretender la efectividad de aquellas obligaciones de protección y de cuidado que supongan un riesgo o que dañen el entorno natural —*adverse environmental impact*— (arts. 7 y 8 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida).

La legitimación extraordinaria para pretender la tutela de estos derechos e intereses podría atribuirse a personas jurídicas que tengan como objeto social la promoción y la defensa del entorno natural. Estas actuarían en el proceso en nombre propio, aunque en defensa de un interés supraindividual.

La accionabilidad de este interés difuso —concretado en el poder de exigir el cumplimiento de los deberes de protección y de cuidado— y la legitimación extraordinaria crearían un potente sistema de protección del medio ambiente en la justicia civil.

Esta es una técnica que, desde luego, no tiene actualmente apoyo en nuestro ordenamiento positivo⁷⁸. A pesar de ello, será necesaria la actividad del legislador; y ello ya sea porque se opte por la técnica de los derechos de

⁷⁷ Article 1248 CCF: «L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement».

⁷⁸ En relación con ello, SALAZAR ORTUÑO, E., *El acceso a la justicia*, *op. cit.*, p. 204.

la naturaleza o por el que aquí se propone. Si se quiere realmente consolidar un nuevo mecanismo de tutela civil de protección del medio ambiente —y no una solución anecdótica para dar respuesta a una determinada sensibilidad local o regional— será todavía necesaria la actuación del legislador. Y es razonable invertir este todavía necesario impulso político en aquellas medidas que vayan a ser más efectivas.

Por ello, aunque la teoría de los derechos de la naturaleza es una alternativa que potencia la realización de un interés políticamente deseable, racionalmente no es la mejor opción. La necesaria identificación de «unidades biogeográficas personificables», la prueba de su equilibrio natural en el proceso y la extrañeza de esta técnica en la cultura jurídica europea suponen un obstáculo real para su consolidación. Es más eficiente en términos de tiempo e impulso político optar por la exigibilidad colectiva de determinados deberes de cuidado y de protección al medio ambiente. *De lege ferenda* esto permite crear un sistema de reparación de daños medioambientales en la justicia civil alineado con la tradición y la mentalidad jurídica en Europa.

V. CONCLUSIÓN

La teoría de los derechos de la naturaleza defiende que determinados elementos naturales que integren una unidad biogeográfica —*v.gr.*, un río, un bosque, una selva o un arrecife de coral— tengan personalidad jurídica y sean titulares de determinados derechos materiales. De este modo, pasarían de ser (meros) bienes o intereses jurídicos protegidos a ser sujetos de Derecho. En esta corriente se inserta la Ley 19/2022 que reconoce la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y a su cuenca.

Existen varios obstáculos relacionados con una generalización de los derechos de la naturaleza. Por un lado, sería necesaria la identificación y la personificación de las distintas unidades biogeográficas que integran el territorio nacional. Por otro lado, sería necesario fijar como cierto en el proceso cuál es su equilibrio natural y en qué medida ha sido alterado. Por último, no puede perderse de vista que esta es una técnica totalmente nueva y todavía desconocida en la cultura jurídica europea. Su consolidación en los distintos EE. MM. de la UE requerirá de un tiempo —que igual ya no se tiene—.

Es razonable defender que *de lege ferenda* el Estado deje de tener el monopolio para proteger un elemento común como lo es el entorno natural. Y, para ello, deben seleccionarse racionalmente aquellas herramientas que

maximicen la realización de los intereses perseguidos y el impulso político todavía necesario. En este sentido, se considera que lo más efectivo es considerar que la reparación de los daños medioambientales puros es un interés supraindividual tutelable judicialmente en la justicia civil (art. 45 CE). Su contenido podría integrarse a través de los deberes de cuidado y de protección que se impongan a los agentes que operan en el mercado. De esta manera, la protección civil del medio ambiente se beneficiaría del impulso político que ya tiene la tutela colectiva o la regulación de los deberes de diligencia debida de las empresas.

Existe el riesgo de que los derechos de la naturaleza supongan solo una solución anecdótica para dar respuesta a una determinada sensibilidad local o regional. Debemos hacer uso de aquellas herramientas ya conocidas y consolidadas para potenciar la protección del medio ambiente. El tiempo apremia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AVIÑO BELENGUER, D., “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente” en CLEMENTE MEORO, M. E. *et al.* (dirs.), *Derecho de daños. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BORRÀS PENTINAT, S., “Los derechos de la naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 2020.
- CARRASCO PEREA, Á., “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales preexistente a la ley” en LOZANO CUTANDA, B. (coord.), *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CORDERO LOBATO, E., “Intereses privados y daños ambientales” en ATAZ LÓPEZ, J., *et al.*, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños Tomo I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- CORDÓN MORENO, F., “Legitimación sustantiva, procesal y administrativa para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho” en *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, octubre, 2022.
- DE MIGUEL PERALES en VV.AA., *Practicum daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, 5ª ed., Madrid, 2022.
- GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.

- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Aspectos procesales de la personalidad jurídica del Mar Menor en la jurisdicción civil” en DÍAZ PITA, M.^a P. (dir.), *Horizonte Justicia 2030*, Tecnos, Madrid, 2022.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio*, 5^a ed., 2023. [Disponible en: <https://docta.ucm.es/entities/publication/f2cc4c9a-766b-443f-b033-38bac178e564>].
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho procesal administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. I. Civitas*, 5^a ed., Cizur Menor, 2008.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., “Contaminación acústica y tutela inhibitoria en el proceso civil” en EMBID IRUJO, A., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008.
- JOHANN-SANGI “§ 11” en *LkSG*, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- LANDMANN-ROHMER/REHBINDER, “§ 16 UmweltHG”, *Umweltrecht*, C. H. Beck, München, 2022.
- LEYENS, § 11 LkSG en HOPT (dir), *Handelsgesetzbuch*, C. H. Beck, 42^a ed., München, 2023.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Legitimación procesal en materia de medio ambiente” en EMBID IRUJO, A., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008.
- MANTOVANI, M., “Private International Law and Climate Change: the «Four Islanders of Pari» Case” en *EAPIL Blog*, 2023.
- MCKENZIE, A., “Rights of Nature: The Evolution of Personhood Rights”, *Joule: Duquesne Energy & Environmental Law Journal.*, 9, 27, 2020-2021.
- MOORE, T., “Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, *Fla. St. U. L. Rev.*, núm. 672, 1974.
- PONS PORTELLA, M., “La acción popular en asuntos medioambientales”, *Revista de Administración Pública*, 206, 2018.
- SALAZAR ORTUÑO, E., *El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- SANZ LARRUGA, F., J., “El Mar Menor ¿sujeto de derechos? Algunas propuestas para la mejora de la aplicación del Derecho ambiental” en CANO CAMPOS, T., *et al.* (dirs)., *El patrimonio natural en la era del cambio climático*, Centro de publicaciones del Institucional Nacional de administración Pública, Madrid, 2022.
- STONE, C., “Should Trees Have Standing? – Towards Legal. Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, 45, 1972.
- VARGAS CHAVES, I., RODRÍGUEZ, G.A., *et al.*, “Recognizing the Rights of Nature in Colombia: the Atrato River case”, *Revista Jurídicas*, 17 (1), 220.
- VENDRELL CERVANTES, C., SUANZEZ DÍEZ, C., “Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos ca-

- sos recientes en el derecho comparado”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 60, 2022.
- WAGNER, “§ 823” en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed., München, 2020.
- WAGNER, G., „Haftung für Menschenrechtsverletzungen“, *RabelsZ*, núm. 80, 2016.
- WAGNER/ARNTZ, “Liability for climate damages – Germany as an international pioneer?” en KAHL/WELLER, *Climate change litigation*, Beck-Hart-Nomos, München, 2021.
- WELLER/NASSE/NASSE, “Climate change litigation in Germany” en KAHL/WELLER, *Climate change litigation*, Beck-Hart-Nomos, München, 2021.
- XIOL RIOS, J. A., *et al.*, *Derecho procesal administrativo. Tomo II*, Bosch, Barcelona, 2013.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2017.

EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL MODELO CASACIONAL CIVIL ESPAÑOL A TRAVÉS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2023*

The change of paradigm of the spanish civil court model through Royal Decree-Law 5/2023

MARÍA SANTISTEBAN CASTRO

Contratada predoctoral FPI. Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra
maria.santisteban@upf.edu

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL OBJETIVO DE LA REFORMA DEL MODELO CASACIONAL CIVIL ESPAÑOL. III. LA DESAPARICIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DEL RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY. 1. Supresión del recurso extraordinario por infracción procesal. 2. Supresión del recurso en interés de la ley. IV. LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN. V. LAS VÍAS DE ACCESO A LA CASACIÓN Y EL INTERÉS CASACIONAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA. V. LAS VÍAS DE ACCESO A LA CASACIÓN Y EL INTERÉS CASACIONAL COMO LA PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA. 1. El fortalecimiento del interés casacional. 2. La redefinición del interés casacional. 3. El interés casacional notorio. 3.1. *Nociones preliminares*. 3.2. *El servicio público de Justicia y el interés general*. 3.3. *El interés casacional notorio como mecanismo de recurribilidad*. 3.4. *El interés casacional notorio y el certiorari*. VI. EL ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA FIJACIÓN DE HECHOS EN SEDE CASACIONAL. 1. El “*hecho*” y el “*derecho*” en casación. 2. El control de la actividad probatoria a través del recurso de casación. 2.1. *La valoración de la prueba en el modelo casacional civil español*. 2.2. *Análisis de la vía del art. 477.5 LEC*. VII. EL CONTENIDO DE LOS ESCRITOS DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO. 1. La estructuración del escrito. 2. El papel otorgado a los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo. 3. Análisis sucinto de la situación análoga

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+i “Nuevos Retos Tecnológicos del Derecho Probatorio” (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación; y del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado “Retos del Derecho Procesal” (2021SGR00991) de la AGAUR, ambos liderados por Joan Picó i Junoy.

Asimismo, este estudio forma parte de los resultados obtenidos en el marco del proyecto de investigación “La eficiencia procesal en el modelo casacional civil del Real Decreto-ley 5/2023: estudio de campo”, el cual ha sido financiado a través de la “IX Convocatoria de Ayudas de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez”, el 10 de noviembre de 2023.

en el orden contencioso-administrativo. VIII. LA FASE DE ADMISIÓN DEL RECURSO Y EL TRÁMITE DE AUDIENCIA POSTERIOR. 1. La atribución de un mayor protagonismo al LAJ: análisis del art. 483.1 LEC. 2. La alteración de la carga de motivación de las resoluciones de admisión e inadmisión del recurso. 3. La desaparición del trámite de audiencia a instancia de parte a la luz del art. 486.1 LEC. IX. EL RETORNO DEL REENVÍO AL SISTEMA DE CASACIÓN CIVIL ESPAÑOL. 1. Algunas notas preliminares en torno al reenvío en el modelo casacional civil español. 2. El retorno del sistema de reenvío: ¿es procesalmente eficiente? 3. El auto como mecanismo que pone fin al recurso de casación: problemas detectados. X. REFLEXIÓN FINAL. XI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023 produce el cambio radical del modelo casacional civil, tal y como fue concebido por el legislador en el año 2000 con la LEC. A través del presente trabajo, se llevará a cabo un análisis pormenorizado de las novedades que se introducen en la regulación del recurso de casación civil, además de que se pondrán de manifiesto el conjunto de vicisitudes que se derivan de la misma.

Palabras clave: recurso de casación; interés casacional; eficiencia procesal; garantías

Abstract: The entry into force of Royal Decree-Law 5/2023 produces a radical change in the civil appeal model, as conceived by the legislator in 2000 with the LEC. This paper will carry out a detailed analysis of the new features introduced in the regulation of the civil cassation appeal, as well as highlighting the set of vicissitudes that have been detected in it.

Key words: cassational appeal; cassational interest; procedural efficiency; guarantees

ABREVIATURAS

| | |
|-----------|---|
| AA. VV. | Autores varios |
| AP/AAPP. | Audiencia/s provincial/es |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil |
| CC.AA. | Comunidades Autónomas |
| CE | Constitución española de 1978 |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| Coord./s. | Coordinador/es |
| DGSJFP | Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública |
| Dir./Dir. | Director/es |
| EM | Exposición de Motivos |
| Et al. | Entre otros |

| | |
|----------|--|
| FD | Fundamento de Derecho |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| LECRim | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LOPJ | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial |
| LOTCC | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. |
| LRJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa |
| Núm. | Número |
| Ob. cit. | Obra citada |
| p./pp. | Página/s |
| PLMEP | Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia |
| ss. | Siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TS | Tribunal Supremo |
| Vid. | Véase |

I. INTRODUCCIÓN

A finales de junio, se publicaba en el BOE el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio —en adelante, RD-ley 5/2023—, mediante el cual se introduce una profunda reforma en el modelo casacional civil, a través de las disposiciones introducidas en su Libro V, Título VII, capítulo III de la normativa. A través del RD-ley 5/2023, se plasma la reforma del recurso de casación civil que traía consigo el PLMEP, la cual venía constituida por la positivización de ciertos criterios que ya se venían aplicando en la práctica judicial, fundamentalmente mediante Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales de la Sala Primera del TS, y por la traslación al orden jurisdiccional civil de criterios que se encuentran operativos en los modelos casacionales de otros órdenes, sobre todo, del recurso de casación contencioso-administrativo respecto del cual se han identificado un mayor número de paralelismos.

En este estudio, se llevará a cabo un examen profundo de las diferentes reformas que el RD-ley 5/2023 ha traído consigo en el recurso de casación civil, todo ello bajo un prisma que permita detectar si la inclusión de unos postulados que buscan la eficiencia del proceso ha podido traer consigo un menoscabo de las garantías de los justiciables.

II. EL OBJETIVO DE LA REFORMA DEL MODELO CASACIONAL CIVIL ESPAÑOL

A través de esta reforma se introducen una serie de profundas modificaciones en materia casacional que tienen el objetivo de reducir los niveles de incesante litigiosidad que han provocado una preocupante situación de congestión de asuntos en la Sala Primera del TS.

Y es que, si se analizan los datos ofrecidos por CGPJ podremos comprobar que, efectivamente, hay un problema de sobrecarga de trabajo en materia de casación. Así, si hacemos un análisis de las estadísticas de los últimos cinco años (2018-2022), podremos comprobar que hay un aumento en el número de asuntos ingresados en la Sala Primera del TS (habiendo 6.822 de asuntos ingresados en el orden jurisdiccional civil y una tasa de congestión de un 3,01%, y una tasa de litigiosidad de un 47,6% en el 2018— Estadísticas del CGPJ de 2018¹—, frente a los 10.280 asuntos ingresados y la tasa de congestión de asuntos de un 3,44% y una tasa de litigiosidad del 59,3% en el 2022 —Estadísticas del CGPJ de 2022²—)³. Asimismo, en lo que respecta al porcentaje de estimación del recurso de casación, se ha advertido del bajo número de recursos que prosperan; así, de media, en un estudio que hemos realizado de las estadísticas judiciales, entre los años 2018-2022, el porcentaje de resoluciones confirmatorias totales han sido de un 87%, frente al 3,6% de revocatorias parciales, el 9,1% de revocatorias totales y 0,2% de resoluciones anulatorias. Teniendo en cuenta estos datos, vemos que el porcentaje de asuntos que podrán superar los trámites de admisión y estimación del recurso de casación civil es muy bajo⁴.

¹ Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Estadísticas. La Justicia Dato a Dato 2018*. [en línea] [Fecha de consulta: 02/07/2023]. [<https://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/JusticiaDatoaDato/Datos%20Anteriores/Justicia%20Dato%20a%20Dato%202018.pdf>].

² Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Estadísticas. La Justicia Dato a Dato 2022*. [en línea] [Fecha de consulta: 02/07/2023]. [<https://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/JusticiaDatoaDato/Justicia%20Dato%20a%20Dato%202022.pdf>].

³ Es decir, si analizamos los datos del 2018 y 2022 comprobaremos que se produce un aumento en el número de asuntos ingresados en la Sala Primera del TS, respecto de un periodo al otro, de un 50,69%. Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Estadísticas. La Justicia Dato a Dato*. [En línea] [Fecha de consulta: 02/07/2023]. [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>].

⁴ Aunque hay que indicar que esta problemática resulta ser el mal endémico del recurso de casación civil, puesto que en la fase de admisión muchos recursos se quedan por el camino y con el paso de los años el número de asuntos que se desestiman ha ido aumentando exponencialmente. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 1979, núm. 2, pp. 331 y ss.

III. LA DESAPARICIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DEL RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY

1. SUPRESIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Uno de los elementos que caracteriza a la casación que trae consigo la LEC es la introducción de dos recursos: el extraordinario por infracción procesal y el de casación. Las razones que motivan la constitución de este sistema son dos: la ordenación racional del sistema de recursos extraordinarios en el orden jurisdiccional civil; y la descarga de los asuntos que llegaban a la Sala Primera del TS. Sin embargo, el modelo de casación civil, tal y como se concebía en la LEC, nunca ha llegado a entrar en vigor porque para ello se requería introducir una reforma en la LOPJ que habilitara a los TSJ a tener competencia en materia de impugnaciones extraordinarias en el proceso civil. Es por ello, que desde la entrada en vigor de la LEC hasta la entrada en vigor del RD-ley 5/2023, se ha estado aplicando el régimen provisional previsto en la Disposición Final Decimosexta. El mencionado régimen provisional, preveía la tramitación conjunta del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal, así como la atribución de la competencia general para el conocimiento de ambos a la Sala Primera del TS, en tanto no sean supuestos de infracción de normas de Derecho foral.

A través del RD-ley 5/2023, se deja atrás el régimen fragmentado de la casación que traía consigo la LEC y se vuelve al modelo tradicional que ya se preveía en la LEC/1881, en virtud del cual se configura un recurso de casación en el que cabe la recurribilidad de asuntos por la concurrencia de vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*.

Sin embargo, se ha detectado que la doctrina que ha abordado la reforma del RD-ley 5/2023 duda sobre la vigencia de las disposiciones relativas al recurso extraordinario por infracción procesal de la LEC, puesto que no encontramos en esta normativa una disposición derogatoria que así lo estipule —cosa que sí ocurre con el recurso en interés de la ley, el cual se suprime por el art. 225.17 del RD-ley 5/2023—. Sobre si se ha producido o no la pérdida de vigencia de las disposiciones relativas al recurso extraordinario por infracción procesal, hemos considerado que existen dos argumentaciones que podrían ser igualmente válidas:

Por un lado, cabe entender que nos encontramos ante un recurso que se encuentra vacío de contenido. Si optamos por esta solución, se ha de considerar, como indica PICÓ I JUNOY, que aunque a nivel estatal el recurso

extraordinario por infracción procesal queda vacío de contenido, aún tendría sentido que mantuviera su vigencia “para las comunidades autónomas que tengan una regulación expresa del recurso de casación —como es el caso de Catalunya, con la Llei 4/2012, de 5 de marzo— y en él no esté prevista la denuncia de normas y garantías procesales debido a la existencia del recurso extraordinario por infracción procesal. En estos casos, no habiendo derogación expresa de los arts. 468 a 476 LEC, y no entrando esta regulación en contradicción de las casaciones autonómicas, para estos ámbitos territoriales, seguirá teniendo vigencia el recurso extraordinario por infracción procesal”⁵.

Por otro lado, se puede optar por entender que, aunque no se haya producido la supresión expresa del recurso, éste ha perdido completamente su vigencia por derogación tácita (art. 2.2 CC). Esta argumentación encuentra su justificación en el contenido de la disposición derogatoria única del RD-ley 5/2023, de la cual se desprende que cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la mencionada normativa quedarían derogadas. Sobre si se ha producido verdaderamente la derogación tácita, podemos ver que nos encontramos ante una norma posterior —RD-ley 5/2023— que tiene el mismo rango normativo que las disposiciones de la ley que se verían derogadas —LEC—, y además esta norma posterior ha sido convalidada, por lo que podría tener virtualidad derogatoria⁶. Sin embargo, surgen dudas sobre si esta argumentación es válida en cuanto a que, en la derogación tácita, además de operar el principio de jerarquía normativa y de competencia, también lo hace el principio de especialidad y, en este sentido, la LEC es una norma especial respecto al RD-ley 5/2023 cuyo contenido es general. En consecuencia, resulta cuestionable si en este supuesto tiene efectividad el dogma de *lex posterior derogat priori* u opera el de *legi per generalem non derogatur*, lo que daría como resultado que *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*⁷.

⁵ Vid. PICÓ I JUNOY, J. En: AA. VV. (IZQUIERDO BLANCO, P., PICÓ I JUNOY, J., Dirs.). *Práctica Procesal Civil (Brocá-Majada-Corbal)*, T. VI (arts. 410 a 516 LEC). 23ª Edición digital actualizada a julio de 2023. Barcelona: Bosch.

⁶ Vid. Resolución de 26 de julio de 2023, de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados. [En línea] [Fecha de consulta: 18/10/2023]. [https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-17381]

⁷ Vid. COLINA GAREA, R. “Artículo 2”. En: AA. VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo I (arts. 1 a 151)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 104 y ss.

2. SUPRESIÓN DEL RECURSO EN INTERÉS DE LA LEY

El recurso en interés de la ley se contemplaba como una fórmula óptima para garantizar la unificación jurisprudencial en torno a los recursos extraordinarios por infracción procesal resueltos por los TSJ. Esta preocupación daba la legitimación al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo, entre otros sujetos, para interponer este recurso y así velar por esa uniformidad jurisprudencial para evitar las discrepancias que se pudieran generar en la interpretación de las normas procesales.

Como consecuencia de la falta de vigencia real del recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso en interés de ley no ha tenido virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico desde la entrada en vigor de la LEC. Aunque hay que señalar que parte de la doctrina científica advertía de la impropiedad de denominar a este instrumento procesal como «recurso»⁸, puesto que lo que se podía resolver a través de esta vía no generaba efectos en el fallo de la sentencia que hubiera sido objeto de este cauce.

La sentencia que resolvía el recurso en interés de la ley era objeto de publicación en el BOE, con la finalidad de fijar la doctrina jurisprudencial y así crear la vinculación en tal concepto a todos los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil. El motivo de ello se encontraba en el art. 493 LEC, que daba lugar a un mecanismo a través del cual se creaba una especie de precedente en nuestro ordenamiento jurídico. Como ya se ha señalado, este recurso no llegó a tener una virtualidad real, pero de haberlo hecho, esa vinculación al precedente habría entrado en juego por excepción a través de la aplicación de la doctrina legal correctora que, según el caso, se fijase por parte del TS, puesto que, de lo contrario, esta regulación habría dado lugar a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹.

IV. LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN

A través de la presente reforma se concreta con mayor exactitud las resoluciones que pueden tener acceso al recurso de casación. El cambio realmente es menor, puesto que lo que se hace es llevar a cabo la positivización

⁸ ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 7ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 262-263.

⁹ DE BLAS JAVALOYAS, J. R., “Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación”. En: AA. VV. (IZQUIERDO BLANCO, P., PICÓ I JUNOY, J, ADÁN DOMENECH, D., Dirs.). *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª Edición. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., 2022, p. 1056.

del punto II del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal¹⁰. Las resoluciones recurribles, se pueden diferenciar en dos grupos:

- a) Las sentencias dictadas en segunda instancia por AAPP, cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado.
- b) Los autos y sentencias dictados en apelación en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil al amparo de los tratados y convenios internacionales, así como de reglamentos de la UE u otras normas internacionales, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el correspondiente instrumento normativo.

Quizás la mayor novedad se da en el reconocimiento de ciertos tipos de autos como resoluciones recurribles en casación, aunque en la práctica ya se consideraban como tal. En este sentido, operaba una excepción en torno a las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras porque, en estos casos, los autos se equiparaban con las sentencias de segunda instancia, siempre y cuando la facultad de recurrir se reconociera en algún instrumento de ratificación internacional¹¹. Según señala la jurisprudencia en este punto, esto es así debido a la pecu-

¹⁰ Vid. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. [En línea] [Fecha de consulta: 26/08/2023]. [<https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/Acuerdos%20criterios%20de%20admissi%C3%B3n%20-2017.pdf>]

¹¹ “A tales efectos debemos recordar que es criterio de esta Sala sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siendo equiparables a éstas las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y de Lugano, de 27 de septiembre de 1968 y de 16 de septiembre de 1988, respectivamente, de los Reglamentos CE 1347/2000, de 29 de mayo de 2000 y 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, así como del Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, que deroga al Reglamento CE 1347/2000, y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento. Solo en tales casos se produce la equiparación de los Autos dictados con las Sentencias de Segunda Instancia”. Vid. ATS 5846/2018, de 30 de mayo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:5846A); ATS 8891/2018, de 12 de septiembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:8891A); ATS 623/2019, de 23 de enero, FD 3º (ECLI:ES:TS:2019:623A). Asimismo, vid. MERCHÁN MURILLO, A. “La irrecurribilidad de autos dictados por la Audiencia Provincial: comentario al Auto del Tribunal Supremo, de fecha 30 de mayo de 2018”. Cuadernos de Derecho Transnacional. 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 856-862. Además, en el Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 12 de diciembre de 2000 de criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva LEC, ya se menciona esta cuestión que han reproducido los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales del TS que han abordado criterios de admisión de casación de los años 2011 y 2017.

liaridad del procedimiento de reconocimiento y ejecución establecido en los instrumentos internacionales¹². Se trata esta de una situación excepcional, puesto que es el único supuesto en el que cabe recurrir en casación un auto.

Cuando en el art. 477.1 LEC se indica que serán recurribles en casación las sentencias que ponen fin a la segunda instancia dictadas por las AAPP, se está limitando la casación a aquellas sentencias que lo que hacen es decidir el recurso de apelación contra la sentencia que ha puesto fin a la primera instancia tras la tramitación ordinaria del proceso. De ahí, que se excluyan del recurso de casación:

- i. *Las sentencias de las AAPP que carezcan de la condición de sentencia dictada en segunda instancia por acordar la nulidad y retroacción de las actuaciones o la absolución en la instancia, o por resolver cuestión incidental.*

Así, este criterio excluye del acceso a casación, por ejemplo, a las sentencias dictadas por las AAPP en los incidentes de los que directamente ha conocido, tal y como ocurre con la recaída en un procedimiento de audiencia al rebelde¹³ o las sentencias dictadas por las AAPP que declaran la revocación de la sentencia dictada en primera instancia se haya declarado la caducidad porque, aunque la caducidad de la acción sea una cuestión sustantiva no significa que resolver sobre ella, declarando que la acción no ha caducado, suponga resolver sobre el fondo del asunto¹⁴; entre otras.

- ii. *Las sentencias dictadas por las AAPP no susceptibles de apelación por haberse dictado en juicio verbal tramitado por razón de la cuantía inferior a 3.000 euros (art. 455.1 LEC).*

Se excluyen de la casación las sentencias dictadas en juicios tramitados por razón de la cuantía en la que este no supere los 3000 euros ya que estas no son recurribles en apelación conforme a los dispuesto en el art. 455.1 LEC¹⁵.

- iii. *Las sentencias que debieron adoptar forma de auto¹⁶.*

¹² MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*. 3ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 390.

¹³ ATS 5381/2018, de 23 de mayo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2018:5381A)

¹⁴ STS 1938/2017, de 18 de mayo, FD 1º (ECLI:ES:TS:2017:1938)

¹⁵ ATS 1558/2013, de 26 de febrero, FD 2º (ECLI:ES:TS:2013:1558A); ATS 701/2014, de 4 de febrero, FD 2º (ECLI:ES:TS:2014:701A)

¹⁶ ATS 11229/2016, de 14 de diciembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:11229A); ATS 6681/2019, de 19 de junio, FD2º (ECLI:ES:TS:2019:6681A); ATS 2998/2022, de 2 de marzo, FD 2º (ECLI:ES:TS:2022:2998A)

iv. *Las sentencias dictadas en segunda instancia por magistrado único, por no actuar las AAPP en esos casos como un órgano colegiado*¹⁷.

V. LAS VÍAS DE ACCESO A LA CASACIÓN Y EL INTERÉS CASACIONAL COMO LA PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA

1. EL FORTALECIMIENTO DEL INTERÉS CASACIONAL

El motivo por el que cabe la interposición del recurso de casación es la infracción de la norma sustantiva o procesal, pero luego han de concurrir una serie de condiciones para que tal infracción tenga cabida en casación. Con la reforma, ahora hay únicamente dos cauces que habilitan el acceso de un asunto a casación: (i) cuando en la resolución concurre interés casacional o (ii) un criterio *ratione materiae* que permite recurrir en casación los procesos que giran en torno a la tutela civil de derechos fundamentales susceptibles del recurso de amparo¹⁸. Así, el RD-ley 5/2023 elimina el criterio de la *summa gravaminis* que se contenía en el art. 477.2.2º LEC, un requisito muy criticado por la doctrina en cuanto a que éste no encuentra fundamento alguno en la dogmática casacional. La incorporación de este criterio aparecería con la mera finalidad de reducir el volumen de asuntos a la Sala Primera del TS, puesto que la cuantía —superior a 600.000 euros— no afecta a la complejidad o importancia jurídica de las cuestiones litigiosas que puedan suscitarse en el proceso, ya que, incluso en algunos

¹⁷ Aunque hay una parte de doctrina que considera que este criterio resulta ser un sinsentido porque la composición del órgano jurisdiccional de las AAPP es una de las legalmente establecidas en el art. 82.2. 1º LOPJ. Vid. ORTELLS RAMOS, M. “Reforma de la casación civil. Notas sobre el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal”. En: AA. VV. *Estudios sobre la casación: homenaje a Fernando Jiménez Conde*. 1ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2021, p. 160.

¹⁸ Inicialmente con el PLMEP, se pretendía establecer el acceso a casación de las sentencias dictadas en segunda instancia en procesos para la tutela de derechos fundamentales con excepción de los relativos al contenido del art. 24 CE, lo cual ya fue advertido por varios Grupos Parlamentarios —Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) (enmienda núm. 99); Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (enmienda núm. 249); Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 612)— a través de las enmiendas presentadas en relación con el mencionado proyecto. Si bien tal excepción estaba prevista en relación con el recurso de casación del anterior modelo, con la desaparición del recurso extraordinario por infracción procesal y, con ello, la pérdida de vigencia del art. 469.1.4º LEC, desaparecía el acceso a casación de aquellas resoluciones en las que se produjera la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE, lo cual no tendría sentido alguno. Vid. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (121/000097) Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*. Núm. 97-3, 3 de febrero de 2023, p. 80. [En línea] [Fecha de consulta: 03/08/2023]. [https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-3.PDF#page=1], pp. 79, 190 y 526.

supuestos, el interés de las partes se encuentra en relación inversa con la cuantía económica¹⁹.

Respecto al interés casacional, el RD-ley 5/2023 le dota de un mayor protagonismo, puesto que se configura como el presupuesto para la admisión del recurso de casación en todos los procedimientos que no giren en torno a la tutela de derechos fundamentales susceptibles de amparo. El fortalecimiento de ese papel que adopta el interés casacional con la nueva regulación ya se plasma en la EM, que lo cataloga como la condición de acceso a la casación “que mejor simboliza la función social del TS” y que cumple con la función de reducir con la carga de trabajo del TS puesto que dota de una mayor celeridad a la Sala Primera del TS en sus tiempos de respuesta “mediante la simplificación de la fase de admisión, que tantos consume en la actualidad y la adaptación del sistema civil al modelo más moderno” que ya se encuentra en vigor en otros órdenes jurisdiccionales. Asimismo, y como consecuencia de la atribución de un carácter vertebrador al interés casacional en la fase de admisión del recurso, se dota al TS de un status de mayor poder en el sistema, puesto que tendrá un mayor margen de apreciación a la hora de elegir los asuntos que acceden a casación²⁰.

2. LA REDEFINICIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL

Se puede definir el interés casacional como aquel medio de selección externo de asuntos, cuya concurrencia opera como un requisito de recurribilidad y que permite al órgano competente llevar a cabo un examen previo de la cuestión en la fase de admisión del recurso de casación, sometiendo la selección de dicho asunto a una serie de presupuestos que vienen prefijados por la ley, cuya concurrencia se produce en el contexto de un conflicto jurídico producido por la infracción de una norma jurídica sustantiva o procesal en el que, además, la resolución impugnada en casación, se contrapone a la doctrina jurisprudencial aplicable al caso o en la que se aplica una norma sobre la que aún no hay doctrina jurisprudencial operante²¹.

¹⁹ Vid. NIEVA FENOLL, J. “Reformando la casación —civil y penal— por el Real Decreto-Ley: ¿el espíritu de una época?”. *Actualidad Civil*. 2023, núm. 7-8, p. 3; SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El recurso de casación en la LEC 1/2000”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 2001, núm. 4, p. 199; *et al.*

²⁰ En este sentido vid. BANAGLOCHE PALAO, J. “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”. *Diario La Ley*. 2021, núm. 9814, p. 15; GONZÁLEZ GRANDA, P. “La omnipresencia del interés casacional: a propósito de la proyectada reforma en el orden jurisdiccional civil”. *Diario La Ley*. 2021, núm. 9844. pp. 3 y 11

²¹ SANTISTEBAN CASTRO, M. “El interés casacional civil: revisión crítica y Smart Justice”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. 2022, núm. 2, p. 261.

Los criterios que limitan la concurrencia del interés casacional en virtud de lo dispuesto en el art. 477.3 LEC no son vaguedades imprecisas, sino que conforman las circunstancias concretas en las que concurre esta condición de acceso a la casación.

A través del RD-ley 5/2023 se incorporan una serie de nuevos parámetros que dan lugar a la redefinición de los contornos del interés casacional en el orden jurisdiccional civil. Aunque hay que indicar que las diferencias con el anterior modelo no son muy sustanciales, lo cierto es que los supuestos que dan lugar a la concurrencia de dicho interés casacional se han visto simplificados:

a) Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia)

A pesar de que no se mencione en el propio precepto, es preciso indicar que la oposición o contradicción ha de ser con la doctrina emanada de la Sala Primera del TS y no con la emanada de otras salas del mismo, aunque se refieran a materia civil²², o la doctrina de los TSJ o de AAPP²³, al igual que también hay que excluir las resoluciones de la DGSJFP²⁴.

Para poder fundamentar la concurrencia de interés casacional a través de esta vía, es preciso tener en cuenta los siguientes criterios relativos al número de sentencias a que hay que citar²⁵:

- i) En el escrito de interposición del recurso hay que citar dos o más sentencias de la Sala Primera del TS que contengan la doctrina jurisprudencial que se alega, y razonar cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o no ha tenido en cuenta la jurisprudencia que hay en ellas²⁶. Ha de existir identidad de razón entre las

²² En este punto es preciso indicar que se aplican en estos puntos el vigente Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. [En línea] [Fecha de consulta: 26/08/2023]. [<https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/DOCUMENTOS%20DE%20INTER%20C3%89S/Acuerdos%20criterios%20de%20admi%20B3n%202-2017.pdf>].

²³ BLASCO GASCÓ, F. *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*. 1ª Edición. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 49. Asimismo, vid. ATS 1207/2012, de 14 de febrero, FD 3º (ECLI:ES:TS:2012:1207A).

²⁴ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, ob. cit., p. 454.

²⁵ Vid. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, cit., pp. 9-10.

²⁶ De este motivo se desprende un excesivo formalismo, ya que no basta la mera cita de sentencias en el recurso, sino que es preciso plasmar de qué manera se justifica la concurrencia del interés

cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso.

- ii) En caso de que nos encontremos ante sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Primera del TS o sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, basta con la cita de una sola sentencia siempre que no exista una sentencia posterior que haya modificado el criterio de decisión.
- iii) Cuando la parte justifique debidamente la necesidad de establecer o modificar la jurisprudencia ya establecida en relación con un problema jurídico porque se haya producido una evolución en la realidad social o haya cambiado la opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia, no será imprescindible la cita de sentencias. En este supuesto de concurrencia de interés casacional, creemos procedente acudir a la vía del interés casacional notorio que se introduce a través del art. 477.4 LEC, lo que se desarrollará con más detenimiento en el apartado en el que se aborda esta cuestión.

b) La existencia de jurisprudencia contradictoria emanada de las Audiencias Provinciales

En estos supuestos la sentencia presentará interés casacional cuando resuelva “puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales” (art. 477.3 LEC). Es preciso detenerse en la referencia a “jurisprudencia” en la norma citada, como una creación de las AAPP, lo cual, conceptualmente, no es del todo correcto²⁷.

Cuando se habla de la jurisprudencia contradictoria de las AAPP, a lo que se está haciendo referencia es la existencia de criterios dispares en puntos o cuestiones jurídicas entre secciones de AAPP, siempre que tengan el mismo nivel de trascendencia y sean criterios que puedan calificarse como juris-

casacional. En este punto, cobran sentido las palabras de RAMOS MÉNDEZ cuando indica que “en materia de interés casacional, la jurisprudencia ha retrocedido al formalismo más oprobioso. Diríase que el Tribunal Supremo es incapaz de realizar el esfuerzo intelectual de leer con detenimiento el recurso”. Vid. RAMOS MÉNDEZ, F. “Casación”. En: RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. 1ª Edición. Barcelona: Atelier, 2008, p. 1501.

²⁷ Señala BLASCO GASCÓ que parece que el legislador de la LEC reserva el término “jurisprudencia” para el conjunto de sentencias dictadas por las AAPP y el de “doctrina jurisprudencial” para el conjunto de sentencias uniformes del TS, lo cual se encuentra en frontal colisión para el término de “jurisprudencia” que se deduce del art. 1.6 CC. Vid. BLASCO GASCÓ, F. *El interés casacional* (...), ob. cit., pp. 50-51.

prudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente, además de la inexistencia de jurisprudencia del TS sobre la materia²⁸.

Además de indicar la existencia de la contradicción que se alega, hay que indicar de qué modo se produce tal contradicción y hay que exponer la identidad sustancial entre los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y aquellos que aparecen fijados en la jurisprudencia contradictoria de las AAPP. Esto tiene su razón de ser en la finalidad consistente en el aseguramiento de la igualdad de interpretación y aplicación de las normas, de tal modo que la contradicción que se haya producido ha tenido que dar lugar a una diferencia sustancial que haya tenido como resultado una solución desigual de la controversia en el marco de un supuesto de hecho análogo. El elemento que determina la contradicción son los hechos probados que hayan constituido el presupuesto de hecho de la norma jurídica aplicable y en el que se ha fundado la infracción que ha resultado ser el fundamento del recurso de casación. De ahí, la necesidad de que se exponga en el recurso la identidad de razón entre los puntos del problema jurídico que se resuelve en la sentencia recurrida y los que aparecen en la jurisprudencia que se cita como contradictoria²⁹.

En cuanto al número de resoluciones que hay que citar a la hora de interponer el recurso, se ha de invocar, al menos, dos sentencias en el recurso siempre que hayan sido dictadas por una misma sección de una AP en la que se haya decidido colegiadamente en un mismo sentido y otras dos sentencias, procedentes también de una misma sección de otra AAPP, en la que se haya decidido en un sentido diferente, en supuestos de identidad fáctica³⁰. Sin embargo, a criterio del TS, la cita de sentencias del modo expuesto no será imprescindible cuando conste, de manera notoria, la existencia de jurisprudencia contradictoria entre AAPP en torno al problema jurídico planteado³¹, de lo cual se desprende la posibilidad de acudir en estos supuestos

²⁸ Tal y como indica NIEVA FENOLL, el legislador con este criterio busca conseguir el mantenimiento de una jurisprudencia uniforme que oriente a las AAPP a conseguir la aplicación correcta del ordenamiento jurídico, con el fin de evitar discrepancias jurisprudenciales en la aplicación de las normas a supuestos en los que nos encontremos ante realidades bastante similares o parangonables. Vid. NIEVA FENOLL, J. *El recurso de casación civil*. 1ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2003, p. 201.

²⁹ MASCARELL NAVARRO, M^a. J. “El interés casacional consistente en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales: la entidad de la contradicción”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., BUJOSA VADELL, L-M. (Coord.). *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum II*. 1ª Edición. Barcelona: Atelier, 2013, vol. II, p. 666.

³⁰ NIEVA FENOLL, J. “Reformando la casación (...)”, ob. cit., p. 4.

³¹ PICÓ I JUNOY, J. “Lectura positiva del Acuerdo de 27 de enero de 2017 del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 1ª de TS”. *Diario La Ley*. 2017, núm. 8942., p. 10.

a la interpelación de la concurrencia del interés casacional notorio, ya que, en estos casos, puede operar como un mecanismo de modulación de los criterios de admisión del recurso por razón de la notoriedad de la contradicción existente³².

c) Aplicación de normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial

Asimismo, en la nueva regulación del art. 477.3 LEC tendrá acceso por vía de interés casacional aquellas sentencias en las que se apliquen normas sobre las que no hay doctrina jurisprudencial y desaparece el criterio que otorgaba interés casacional relativo a la aplicación en una sentencia de aquellas normas jurídicas cuya vigencia resultara ser inferior a cinco años³³. Las críticas vertidas por la doctrina científica durante su vigencia fueron varias, entre otras cosas, porque el plazo indicado por el legislador resultaba ser exageradamente breve y ello hacía realmente complicado que en ese tiempo se pudiera plantear litigio alguno sobre esa norma en concreto y, para mayor abundamiento, resultaba ser más complejo que, antes de que finalizara ese periodo, se hubiera dictado una sentencia de apelación en el marco de un proceso³⁴.

3. EL INTERÉS CASACIONAL NOTORIO

3.1. Nociones preliminares

Otro de los puntos conflictivos que merecen especial atención es la referencia al denominado como “interés casacional notorio”. Parece que el legislador ha querido introducir una nueva categoría de interés casacional, siendo este un elemento que ya se podía encontrar en el PLMEP. Se define el interés casacional notorio como un concepto de interés casacional reforzado y que se identifica en un contexto en el que la cuestión litigiosa es de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal y autonómi-

³² Vid. Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de julio de 2021, por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia. [En línea] [Fecha de consulta: 22/08/2023]. [<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FI-CHERO/20210727%20Informe%20anteproyecto%20de%20Ley%20de%20medidas%20de%20eficiencia%20procesal.pdf>], p. 177.

³³ A través de este criterio no cabía alegar la infracción de norma que no lleve menos de cinco años en vigor cuando se trataba de supuestos que hicieran referencia a normativa procesal y administrativa. Vid. ATS 3320/2016, de 20 de abril, FD 2º (ECLI:ES:TS:2016:3320A); ATS 880/2016, de 10 de febrero, FD 3º (ECLI:ES:TS:2016:880A).

³⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, ob. cit., pp. 204-205.

ca. Es decir, el interés casacional notorio no se trata de un concepto desvinculado del interés casacional, sino que trata de una modalidad relacionada con el criterio de interés casacional referido a la concurrencia de doctrina jurisprudencial contradictoria entre AAPP, y encuentra su razón de ser en la evolución de la realidad social o de la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia, lo que motiva a establecer jurisprudencia en atención a dicha evolución o modificar la ya vigente³⁵.

Sin embargo, el concepto de interés casacional notorio del PLMEP se caracteriza por su vaguedad en su definición, lo cual se procura corregir a través del RD-ley 5/2023. A través de este instrumento normativo, se plasma una definición del “interés general”, cuya concurrencia constituye el supuesto de hecho que habilita la operatividad del interés casacional notorio³⁶. Así, el art. 477.4 LEC dispone que dicho “interés general” concurrirá cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso, siendo este un concepto de “interés general” que, como veremos a continuación, choca frontalmente con las líneas definitorias del “interés general” que se maneja en el resto de parcelas del ordenamiento jurídico.

³⁵ Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de julio de 2021, por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia, cit, p. 177. Y es que esta modalidad de interés casacional notorio viene a solventar un problema que generaba la concepción del interés casacional que se plasmó en el 2000 con la LEC y es que este mismo podía llegar a ralentizar la posibilidad de cambio jurisprudencial, lo cual podía contribuir a un anquilosamiento de la jurisprudencia. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El interés casacional*. Madrid: Civitas, 2002, p. 121.

³⁶ Se adopta la definición de interés general que sugiere el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), a través de la enmienda de adición núm. 101, que surge “como consecuencia de la necesidad de determinar qué se entiende por “interés general” y qué supuestos pueden verse integrados en dicho concepto indeterminado en aras a favorecer la seguridad jurídica de los justiciables”. Como ya se ha indicado, se incorpora una especie de definición o supuesto de hecho de concurrencia de interés general; así: “(...) el interés general para la interpretación uniforme de la Ley alcanza a todo aquél supuesto y/o situación jurídica que afecte o pueda, potencialmente llegar a afectar a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender al caso objeto del proceso en cuestión”. Vid. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (121/000097)* (...), ob. cit., p. 80.

Esta enmienda se tiene en cuenta en la tramitación del PLMEP. Se incorpora la enmienda transaccional número 54 a la enmienda número 101 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), en relación con el art. 477 de la LEC, presentada por los Grupos Parlamentarios Vasco (EAJ-PNV) y Socialista. Vid. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. *Informe de la ponencia. Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*. Núm. 97-4, 8 de junio de 2023, pp. 6 y 100. [En línea] [Fecha de consulta: 04/08/2023]. [https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-4.PDF], p. 100.

3.2. El servicio público de Justicia y el interés general

No se puede obviar el hecho de que la definición de “interés general” que trae consigo el RD-ley 5/2023 choca con el concepto de interés general que se maneja en otras parcelas del ordenamiento jurídico, siendo este un concepto que, incluso, aparece en numerosos artículos de nuestra Carta Magna —arts. 30.3, 34, 44.2, 47, 103.1, 128, 149.1.20º, 149.1.24º, 150.3 y 155.1 CE—. La sensación es que el legislador, como consecuencia de que nominalmente ya en el PLMEP, del que emana la regulación contenida en el RD-ley 5/2023 y en el que se encuadra a la Justicia como un servicio público más, ha considerado apropiado que se incorporen conceptos jurídicos indeterminados propios de la esfera del Derecho Administrativo en la normativa procesal, y ello ha ocasionado la dependencia del interés casacional notorio a la concurrencia del interés general.

Es preciso indicar que, en líneas generales, el interés general se concibe en la doctrina administrativa como un elemento abstracto que constituye el fin institucional mismo de la actuación de la Administración Pública como poder y la satisfacción de este mismo sirve, como criterio orientador en la toma de decisiones y como límite en el marco del poder de acción de los poderes públicos, debido al carácter público y, por ende, servicial de este tipo de potestades discrecionales³⁷.

3.2.1. Breve examen de la concepción de la Justicia como un servicio público

Puesto que es el PLMEP, el que incorpora el término interés casacional notorio y bajo el cual se incorpora, a través de una enmienda el interés general como su supuesto de hecho, conviene detenerse en la concepción que tiene de la Justicia; a saber: como un servicio público. La categorización de la Justicia como un servicio público no es una cuestión baladí, puesto que esto no es conceptualmente adecuado si procedemos a llevar a cabo un rápido examen de los dogmas que sustentan el sistema democrático español. Así, y a través del examen del principio de división de poderes que, aunque de forma indirecta se proclama en la CE —arts. 66, 97 y 117 CE—, la Jurisdicción es un auténtico Poder y así se plasma en el Título VI —“Del

³⁷ Vid. ACOSTA GALLO, P. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. *Revista General de Derecho Administrativo*. 2016, núm. 41, pp. 4 y 18; MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general. Tomo I*. 3ª Edición. Madrid: Iustel, 2011, p. 851.

Poder Judicial”³⁸ del texto constitucional, el cual emana del pueblo (art. 117. 1 CE) que ha confiado el monopolio de la Justicia a la Jurisdicción³⁹. Por el contrario, el servicio público se define como una actividad que, mediante una organización *ad hoc*, la Administración Pública realiza de forma regular y continua la prestación de una utilidad singular a los ciudadanos que satisface, y también una necesidad general que se considera esencial para el funcionamiento de la sociedad⁴⁰. Es decir, los servicios públicos son llevados a cabo por la Administración Pública, la cual se identifica como el aparato organizativo que se encuadra en el marco del Poder Ejecutivo a través de una nota de subordinación o de dependencia política del Poder que lo dirige y que responde políticamente por sus actuaciones; a saber, el Gobierno⁴¹.

A través de esta reforma, se produce la plasmación de la regulación contenida en el PLMEP y, con ello, el “espíritu” de esta normativa en la que se llevaba a cabo una equiparación de las labores que cumplen los órganos jurisdiccionales con la que lleva a cabo cualquiera de los servicios públicos que forman parte de la Administración estatal, lo cual puede llegar a constituir una degradación del Poder Judicial.

3.2.2. La cuestión litigiosa de interés general

La doctrina científica que ha estudiado el concepto de “interés general” que opera en la CE ha señalado que se trata este de una noción clásica y típica de concepto jurídico indeterminado siendo, fundamentalmente, el mayor exponente de esta idea GARCÍA DE ENTERRÍA, indicando “que la idea de interés público, o de interés general es un “concepto legal” —mejor que “jurídico”, para evitar el equívoco de que se trate de cualquier construcción intelectual y abstracta, como podría dejarse suponer— de alcance indeterminado, es la evidencia misma, desde el momento en que las leyes

³⁸ De hecho, el Título VI de la CE —Del Poder Judicial—es el único Título referido a uno de los poderes del Estado en el que se incorpora explícitamente la categorización de “poder”. Y es que la CE no se limitó a reestablecer el principio de división de poderes, una vez restaurado el régimen democrático, sino que, en el caso del Poder Judicial, se buscó potenciar y remarcar su carácter de Poder del Estado. Sobre este punto, vid. GONZÁLEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 36-37

³⁹ GIMENO SENDRA, V. “Fundamentos de la Jurisdicción”. En: GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., CALAZA LÓPEZ, S. *Introducción al Derecho Procesal*. 1ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 42 y ss.

⁴⁰ COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. 27ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, S.A., 2016, p. 649.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 30 y ss.

lo emplean con frecuencia y porque su alcance es, evidentemente, indeterminado, pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado⁴². El concepto jurídico indeterminado resulta ser una esfera de realidad en la que, aunque sus límites no aparezcan bien precisados en su enunciado, intenta delimitar un supuesto concreto, de tal modo que, se trata de un concepto que se identifica con la unicidad de solución justa en cada caso, por tanto, alejado de la discrecionalidad administrativa; de tal modo que, o se da o no se da⁴³.

Así, el interés general actúa como una especie de cláusula abstracta y formal cuya función se basa en la representación de cualquier bien jurídico protegido por la comunidad jurídica e identificado y determinado como tal por el poder público para garantizar la resolución de los problemas sociales y la satisfacción de las necesidades colectivas. De estas líneas doctrinales que se manejan en torno al concepto de “interés general”, se desprende la idea de que el interés general no se identifica, ni con la suma aritmética de los intereses de los ciudadanos, ni es el interés de la mayoría, sino que es un concepto que abarca mucho más que eso⁴⁴—sin embargo, esta es la concepción de “interés general” que el legislador decide plasmar en el art. 477.4 LEC, la cual no se adecúa a la que se maneja en el resto del ordenamiento jurídico—.

Hay que tener en cuenta que el interés general no se ha de identificar tampoco con un criterio, como decimos, discrecional, en cuanto a que su conceptualización no se encuentra sujeta al criterio libre, personal y omnímodo del titular del poder que tenga que decidir sobre su concurrencia. De hecho, la doctrina administrativa mayoritaria considera que las potestades que se otorgan a través de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque admitan en su aplicación cierto margen de apreciación, son una especie de potestades regladas⁴⁵.

En definitiva, aunque aquello que es público o general, se identifique con un espectro de intereses de carácter indeterminado y de un espectro muy amplio, se ha de entender que nos encontramos ante un tipo cualificado de intereses a los que el legislador constituyente ha querido, en un afán deli-

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *Revista española de Derecho Administrativo*. 1996, núm. 89, pp. 70-71.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.,. *Curso de Derecho Administrativo*. 19ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2020, vol. I, p. 501.

⁴⁴ Vid. ACOSTA GALLO, P. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, pp. 7 y ss.

⁴⁵ AA. VV. (VELASCO CABALLERO, F., DARNACULLETA GARDELLA, M., Dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. 1ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2023, p. 138.

mitador, excluir de otros intereses que no merecen tal cualificación y, por último, empero, no habilitar con la inclusión del concepto “interés general” una potestad discrecional global para que, en este caso, el Tribunal competente puedan decidir la admisión o no del recurso una total arbitrariedad⁴⁶.

3.3. El interés casacional notorio como mecanismo de recurribilidad

En lo que respecta directamente a la consideración de concurrencia del interés casacional notorio que se desprende del contenido del art. 477.4 LEC, esto dará lugar a que, tal y como ocurre con la Administración cuando lleva a cabo el ejercicio de una potestad bajo el umbral del interés público, la Sala Primera del TS o, en su caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal de TSJ, deban alegar, motivar y justificar la concurrencia de ese interés general, exponiendo así las razones por las que se considera concurre ese interés público de un modo concreto y específico, no cabiendo afirmaciones o invocaciones de carácter abstracto.

La inclusión del criterio de interés casacional notorio encuentra su razón de ser en la necesidad de introducir una cláusula que, de forma específica, permitiera llevar a cabo un cambio en la doctrina jurisprudencial operante en torno a una cuestión determinada. Esto se hace necesario cuando sea preciso adaptarse a la evolución de la realidad social o de la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

3.4. El interés casacional notorio y el certiorari

En último término, con la introducción de este apartado, el legislador español pone algo de distancia entre nuestro modelo casacional y el modelo del *certiorari* que se encuentra vigente en los países anglosajones. El motivo de ello radica en que, en estos países, el precedente tiene una fuerza vinculante para garantizar una correcta interpretación y aplicación de las normas dotando al sistema de *legalità futura*; es decir, de una proyección concreta de la solución a la controversia en los casos sucesivos que resulten ser iguales o análogos, todo ello con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad del sistema. Esto da lugar a que en estos sistemas la eficacia y correlativa adhesión al precedente, resulte ser especialmente rígida, lo que puede generar situaciones de injusticia en el caso particular o dar lugar a un obstáculo para el desarrollo adecuado de las leyes, como consecuencia

⁴⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, ob. cit., pp. 73 y ss.

de la naturaleza especialmente coercitiva del precedente⁴⁷. Es por ello, que el interés casacional notorio resulta ser una herramienta que, de alguna manera, rompe con esa dinámica propia del *certiorari*.

VI. EL ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA FIJACIÓN DE HECHOS EN SEDE CASACIONAL

1. EL “HECHO” Y EL “DERECHO” EN CASACIÓN

El nuevo modelo casacional introduce de forma expresa la prohibición de alegar como motivo de casación la impugnación de la valoración de la prueba y la fijación de hechos, salvo la existencia de un error de hecho patente y verificable, a través del art. 477.5 LEC. Esta cuestión puede llegar a reavivar de algún modo el perenne debate en torno a si en casación cabe el examen de cuestiones de hecho, o si el Tribunal ha de limitarse sólo al examen de las cuestiones de derecho.

En este sentido, desde la concepción misma del modelo casacional civil español ha habido una preocupación por evitar que el recurso de casación se convierta en una tercera instancia. Esto motiva a que las leyes establezcan unos límites muy marcados entre las cuestiones de hecho y de derecho, con el fin de evitar que el Tribunal de casación llevara a cabo funciones de vigilancia y enmienda de errores de hecho que pudiera advertir en las resoluciones que se impugnaran a través de esta vía.

En este sentido, existen verdaderos ríos de tinta en torno a la distinción entre el juicio de hecho y el juicio de derecho, y la imposibilidad de trazar una línea divisoria entre ambos⁴⁸. El motivo de ello recae en que, la determinación de los hechos viene dada, en gran medida, por la consecuencia jurídica de la norma; y al revés, la interpretación de la norma viene dada por la acreditación de unos hechos concretos en el marco del proceso⁴⁹. Y es que no sólo los juicios históricos determinan la formación del juicio de hecho, al igual que los juicios lógicos no son los que condicionan únicamente el juicio de derecho, puesto que ambos juicios se entremezclan y se condicionan

⁴⁷ Sobre este punto, vid. CROSS, R., HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho inglés*. 1ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2012; SANTISTEBAN CASTRO, M. “El interés casacional: revisión crítica y Smart Justice”, ob. cit., p. 261.

⁴⁸ Al respecto de esta distinción vid. GUASCH FERNÁNDEZ, S. *El hecho y el derecho en la casación civil*. 1ª Edición. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

⁴⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El recurso de casación”. En: AA. VV. (MONTERO AROCA, J., Coord.). *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*. 1ª Edición. Madrid: Civitas, 1993, pp. 243 y ss.

entre sí⁵⁰. Esto tiene su afectación en sede casacional en lo que respecta a la infracción de la norma puesto que ésta puede darse de dos modos: a través de la alteración de los hechos, o bien a través de la negación de la consecuencia jurídica.

Realmente ese control sobre los hechos siempre ha tenido acceso a la casación, aunque de forma expresa no se haya previsto en las leyes procesales y las reformas que han ido sucediéndose en el orden jurisdiccional civil. El acceso de esos hechos en casación se justifica por varios motivos:

Por un lado, porque establecer una frontera en la práctica entre el *hecho* y el *derecho* es prácticamente imposible, pues se trata de conceptos eminentemente teóricos que no responden a las exigencias de la estructura dialéctica del proceso. Además de que en el marco del proceso no se trabaja ni tan si quiera con hechos como tal, sino con afirmaciones sobre unos hechos, los cuales, se entrecruzan con las declaraciones de derecho que se realicen a través de los juicios históricos, lógicos y de valor que giran en torno al objeto del litigio⁵¹.

Por otro lado, y con motivo de lo anteriormente señalado, realmente los hechos son inseparables del derecho. En consecuencia, si se parte de la premisa de que el error de derecho es el que tiene acceso a la casación, forzosamente, el control sobre los hechos también lo tendrá⁵².

2. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA A TRAVÉS DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. *La valoración de la prueba en el modelo casacional civil español*

Ahora lo que resulta cuestionable es, si cabe realizar en sede casacional un control en torno a la valoración de la prueba de los hechos que constituyen el relato fáctico. La nueva redacción del art. 477.5 LEC trae consigo una cláusula a través de la cual se incorpora, de forma expresa, una previsión en virtud de la cual puede acceder a casación la valoración de la prueba y la fijación de hechos cuando concurra un error de hecho patente y verificable. La inclusión de una previsión expresa sobre la revisión de la valoración de la

⁵⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil”, ob. cit. pp. 337-338.

⁵¹ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Del recurso de casación”. En: AA. VV. (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Coord.). *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984)*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 843 y ss.

⁵² MUÑOZ SABATÉ, L. “La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil”. En: MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica procesal: 25 años de estudios forenses*. 1ª Edición. Barcelona: Bosch Editor, 2012, pp. 31-32.

prueba que haya realizado el Tribunal *a quo* por parte del Tribunal que conoce del recurso de casación, no es algo realmente novedoso por parte de esta norma, puesto que, si analizamos la LEC/1881 y sus reformas, podemos comprobar que ya se incorpora —y se acaba derogando a través de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal— una cláusula similar.

Así, en la redacción primigenia de la LEC/ 1881, se incorporaba a través del art. 1692.7º, una cláusula en la que se permitía el acceso a casación de las resoluciones que, además de contener errores de derecho, tuvieran errores de hecho cuando se tuviera a disposición, respecto a este último tipo de errores, un documento o acto auténtico que demostrara la concurrencia de tales errores. Para SERRA DOMÍNGUEZ, la incorporación de esta cláusula resultaba ser una de las características más notables del modelo español de casación civil que traía consigo la mencionada ley procedimental⁵³. Sin embargo, este precepto generaba problemas interpretativos, precisamente como consecuencia de esa marcada distinción en la ley entre lo que constituye el *juicio de hecho* y el *juicio de derecho*, lo que dio lugar a que el TS llevara a cabo una labor de aplicación de una serie de normas que creaban una frontera teórica que no era del todo clara en la práctica, lo cual incluso llegaba a frustrar el fin mismo de la casación⁵⁴. Así, se interpretaba que, tras la concurrencia de errores de hecho en la valoración de la prueba, se producía la infracción de normas materiales —un ejemplo de ello, lo encontramos en la infracción de las reglas sobre la carga de la prueba—⁵⁵, de tal modo que la interpretación adecuada de este concepto era la de que si, precisamente del tenor literal de la ley se derivaba que ese error de hecho debía ser evidenciado por un documento, lo que se producía, al fin y al cabo, era un error de derecho⁵⁶.

La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil mejoró la redacción de la LEC/1881 en este punto, eliminando el art. 1692.7º y dándole una nueva redacción al art. 1692.4º, el cual se refería únicamente a los errores en la apreciación de la prueba resultante de documentos, dando lugar al acceso a casación de los restantes errores en materia de apreciación de la prueba por la vía del art. 1692.5º. Si nos detenemos en el análisis de la nueva redacción de los mencionados precep-

⁵³ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Del recurso de casación”, ob. cit., p. 793.

⁵⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil”, ob. cit., pp. 338-339.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 340.

⁵⁶ ORTELLS RAMOS, M. “Reforma de la casación civil. (...)”, ob. cit., p. 171.

tos, podremos comprobar que aquí el legislador ya no calificaba los errores como “errores *de hecho*”, quizás para evitar cualquier reformulación del principio formalista del respeto a los hechos probados en casación⁵⁷.

Sin embargo, a través de la reforma de la LEC/1881 que trae consigo la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, desaparece la referencia expresa en torno al acceso en casación de las resoluciones que adolecen de cualquier error en la apreciación de la prueba que se desprendía del art. 1692.4º. El motivo de ello, tal y como indica la EM de la referida Ley, era la de reforzar la finalidad que ha de cumplir el recurso de casación como instrumento para proteger la norma y alejarlo así de cualquier semejanza con una tercera instancia, adaptándose así a las “tendencias actuales” encaminadas hacia la reducción del número de recursos interpuestos ante el TS⁵⁸. Aunque fuera muy criticada la mencionada reforma, el hecho de que, en la ley no se incluyera referencia que permitiera al juicio de hecho el acceso a casación, esto no constituía óbice alguno para que se encontrara el acomodo suficiente en la ley para el acceso a casación de los problemas que se pudieran derivar de la valoración de la prueba cuando se produjera la infracción de alguna norma material o procesal⁵⁹.

La LEC tampoco incorporaba cláusula alguna al respecto, ni en el marco de la regulación del recurso de casación, ni en el recurso extraordinario por infracción procesal⁶⁰. Sin embargo, encontramos acomodo suficiente para el acceso a casación de los diversos problemas que se pueden derivar de la valoración de la prueba.

⁵⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Del recurso de casación”, ob. cit., pp. 847-848.

⁵⁸ Siendo esta una justificación por parte del legislador muy criticada por FAIRÉN GUILLÉN quien, después de realizar un sucinto repaso del tratamiento de hechos que se realizan en el modelo casacional de Francia e Italia, y en el modelo de la *Revisión* de Alemania y Austria, indica lo siguiente: “Sería muy deseable que los autores de la malhadada Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992 publicasen su *dossier* de preparación de tal ley, en el cual han de figurar, sin duda alguna, *todos* los datos científicos y técnicos —incluso de Derecho Comparado—, que justificarán la expresión de la “Exposición de Motivos” de la ley, según la cual “se adecúa el recurso de casación a las tendencias actuales”, con indicación de cuáles son esas tendencias y donde se pueden hallar”. Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V. “Casación, hechos, Derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”. *Revista de Derecho Procesal*. 1993, núm. 3, pp. 538-539.

⁵⁹ Así, MUÑOZ SABATÉ lleva a cabo un análisis pormenorizado en torno a la cuestión y a las distintas vías de acceso que podrían resultar óptimas para el acceso a casación de los problemas derivados de la falta de motivación de resoluciones judiciales de las cuales se desprendan irracionalidades derivadas de la valoración de la prueba o en el caso de que se produjeran errores *ad percipiendi*, entre otros. Vid. MUÑOZ SABATÉ, LL. “La valoración de la prueba (...)”, ob. cit., pp. 41-42.

⁶⁰ Algo criticado por la doctrina. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, ob. cit., pp. 1140 y ss.

Por un lado, al amparo del recurso extraordinario por infracción procesal, tenían acceso a casación mediante la vía del art. 469.1.2º LEC, los casos en los que se producía la infracción de las normas en materia de *onus probandi*, puesto que el art. 217 LEC se considera como una norma reguladora de la sentencia, aunque resulta imprescindible alegar que la resolución que se impugna ha aplicado normas de atribución de la carga de la prueba de manera distinta a la prevista en dicho precepto⁶¹.

Por otro lado, a través del art. 469.1.4º LEC, podían encontrar acomodo en casación los problemas derivados de la valoración de la prueba porque ello puede llegar a producir una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁶². Así, esta era la vía de canalización de las denuncias referentes a la actividad probatoria, tanto respecto a las que inciden en la indebida denegación de las pruebas como en lo que respecta a la errónea valoración de ésta misma⁶³. En relación con los problemas que genera la valoración de la prueba, PICÓ I JUNOY, a través de una lectura positiva del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 27 de enero de 2017, extrae una serie de requisitos que han de concurrir para la impugnación de errores en la valoración de la prueba en casación⁶⁴:

⁶¹ Vid. STS 3793/2019, de 25 de noviembre, FD 3º (ECLI:ES:TS:2019:3793); STS 2156/2022, de 31 de mayo, FD 5º (ECLI:ES:TS:2022:2156); STS 2479/2023, de 14 de junio, (ECLI:ES:TS:2023:2479).

⁶² Esta interpretación en torno al contenido del art. 469.1.4º LEC es la que seguirá la Sala Primera del TS y la cual se plasma a través del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional del 4 de abril de 2006: "(...) en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, al considerar motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, podría encuadrarse el error patente o notorio y la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos". En: Acuerdo Adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 4 de abril de 2006 sobre Alegaciones como Motivo de los Recursos Extraordinarios, Cuestiones Relativas a la Integración del Factum. [En línea] [Fecha de consulta: 25/08/2023]. [https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/ACUERDO%20TS%201%C2%AA%2004-04-06%20(2%C2%BA)_1.0.0.pdf]

⁶³ Pues, tal y como se deriva de reiterada jurisprudencia, en aplicación del modelo de casación inmediateamente anterior a la reforma: "La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE". Vid. STS 544/2012, de 25 de septiembre, FD 2º (ECLI:ES:TS:2012:6025); STS 2063/2016, de 9 de mayo, FD 3º (ECLI:ES:TS:2016:2063); STS 4524/2022, de 9 de diciembre, FD 4º (ECLI:ES:TS:2022:4524); STS 3293/2023, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3293).

⁶⁴ PICÓ I JUNOY, J. "Lectura positiva del Acuerdo de 27 de enero de 2017 del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 1ª de TS", ob. cit., p. 4.

- a) Ha de ser un error fáctico material o de hecho
- b) Dicho error debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a través de la actuación judicial
- c) Ha de razonarse en el recurso, de forma coherente que, de no haber concurrido dicho error, la sentencia hubiera sido favorable para el recurrente.

Asimismo, y de forma complementaria a lo expuesto, devienen dos observaciones que se habría de tener en cuenta a la hora de llevar a cabo la interposición del recurso basado en el error en la valoración de la prueba: (i) por un lado, que en un mismo motivo no pueden acumularse errores patentes relativos a diferentes pruebas; (ii) y, por otro lado, que resulta del todo incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas sobre carga de prueba del art. 217 sobre un mismo hecho porque éstos han de canalizarse por vía distinta (art. 469.1.2º LEC).

2.2. Análisis de la vía del art. 477.5 LEC

A través del RD-ley 5/2023 se introduce el art. 477.5 LEC, del cual se deriva, la referencia normativa expresa a una vía de control de la valoración de hechos en sede casacional. La redacción que se le da a este precepto es fruto de la positivización las pautas de interpretación que se derivan del Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de 27 de enero de 2017, lo cual puede generar los efectos perniciosos advertidos sobre los criterios introducidos a través del mencionado Acuerdo por parte de la doctrina científica al examinar este mismo⁶⁵.

A través del examen del contenido del art. 477.5 LEC, podremos comprobar que se introduce una cláusula ciertamente restrictiva en cuanto a que sólo se permite el acceso a casación de la valoración de la prueba si hay un error patente, de tal modo que se excluye la posibilidad de control de las valoraciones de las pruebas ilógicas o irracionales⁶⁶. Sin embargo, entendemos que los problemas derivados de la valoración de la prueba que no encuentren acomodo a la luz de lo previsto en el art. 477.5 LEC, podrían llegar

⁶⁵ Así, se muestra crítico PICÓ I JUNOY quien, refiriéndose a las pautas que introduce el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 27 de enero de 2017 en torno a la valoración de la prueba, indica que: "(...) todo ello hace que la denuncia de la errónea valoración de la prueba ante el TS sea más una ilusión que una realidad (...)". En: *Ibidem*, p. 5.

⁶⁶ BELLIDO PENADÉS, R. "Claroscuros de la proyectada reforma del recurso de casación civil". *Revista General de Derecho Procesal*. 2022, núm. 58, pp. 29-30.

a encontrar su vía de acceso mediante el cauce del art. 477.2 LEC, el cual permite la interposición de recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo y todo ello por la evidente conexión existente entre las deficiencias que pueden darse en la valoración de la prueba con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

VII. EL CONTENIDO DE LOS ESCRITOS DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

1. LA ESTRUCTURACIÓN DEL ESCRITO

En líneas generales, el nuevo contenido del art. 481 LEC plasmación normativa de los criterios que el TS ha venido aplicando en la práctica, sobre todo, a través de lo reflejado en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional del TS de 27 de enero de 2017⁶⁷.

El objetivo de la reforma en este punto es clarificar la estructuración del recurso, puesto que los recursos con una extensión desmesurada y una falta de esquematización, ralentiza el desarrollo de la fase de admisión del recurso. Sin embargo, del art 481 LEC deviene un rigor formalista que puede llegar a ser desmesurado.

Aunque, sin duda, el punto más conflictivo del precepto al que se ha hecho referencia en los apartados anteriores lo encontramos en el art. 481.8 LEC, del cual se desprende la atribución de fuerza vinculante a los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales del TS que se publiquen en el BOE y en los cuales se plasmen cuestiones relativas a la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas que deban de cumplir los escritos de interposición de recursos de casación y de oposición en el orden jurisdiccional civil, siendo una disposición muy similar a la que se plasma en el art. 87.3 *bis* de la LR-JCA—⁶⁸. En la actualidad, tiene fuerza vinculante en el orden jurisdiccional civil el Acuerdo de 14 de septiembre de 2023, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de

⁶⁷ HUALDE LÓPEZ, I. “Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2022, núm. 2, pp. 256.

⁶⁸ Que, en ese ámbito, habilita la operatividad de lo que se dispone en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del TS, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del TS. [En línea] [Fecha de consulta: 23/08/2023]. [https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-6519].

8 de septiembre de 2023, de la Sala de Gobierno del TS, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y de oposición civiles⁶⁹.

2. EL PAPEL OTORGADO A LOS ACUERDOS DE PLENO NO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

En primer lugar, conviene hacer un breve análisis de la fuerza vinculante que se deriva de este tipo de Acuerdos, cuya definición encontramos en el art. 244 LOPJ y que nacen de la potestad que reconoce el art. 264 LOPJ, en virtud de la cual los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala constituyen un “mecanismo instrumental tendente a permitir la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales a través de la puesta en común de opiniones de todos los magistrados, en torno al planteamiento de un problema, surgido con motivo de la deliberación”⁷⁰.

Asimismo, los Acuerdos no pueden encuadrarse con aquello que se entiende por doctrina jurisprudencial, ya que realmente carecen de cualquier tipo de fuerza vinculante, actuando estos criterios como recomendaciones⁷¹. En este sentido, resulta ilustrativa la STS 1224/2004, de 15 de diciembre, la cual señala en relación con los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno que “no pasan de ser reuniones o juntas de los Magistrados de la Sala para unificación de criterios y la coordinación de las prácticas procesales, en conformidad con lo que dispone el art. 264 de la LOPJ”⁷². Teniendo en cuenta lo analizado, se llega a la conclusión de que el grado de vinculación que se deriva de estos Acuerdos, no tiene más relevancia que la que puedan producir a efectos internos; es decir, sirviendo como soporte argumentativo para los Tribunales en la labor de la toma de decisiones.

⁶⁹ Vid. Acuerdo de 14 de septiembre de 2023, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 8 de septiembre de 2023, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y de oposición civiles. [En línea] [Fecha de consulta:20/09/2023]. [https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-19798].

⁷⁰ GONZÁLEZ GRANDA, P. “Los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal”. *Revista General de Derecho Procesal*. 2019, núm. 48, p. 10.

⁷¹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008, núm. 10, p. 17.

⁷² STS 1224/2004, de 15 de diciembre, FD 1º (ECLI:ES:TS:2004:8114).

3. ANÁLISIS SUCINTO DE LA SITUACIÓN ANÁLOGA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La adopción de esta medida contenida en el art. 481.8 LEC tiene unos objetivos de carácter finalista, tal y como ocurre con el art. 87.3 bis LRJCA, cuyo contenido se justifica: por un lado, para poder facilitar el trabajo del TS cuando conoce los recursos de casación; y, por otro lado, para cumplir con la necesidad de uniformar el formato de los escritos de interposición.

Así, las cosas, surge el siguiente interrogante: ¿el incumplimiento de una serie de criterios que, en virtud de nuestro ordenamiento jurídico, resultan ser “orientadores”, da lugar a la inadmisión de un recurso de casación? Esta no es una cuestión baladí, puesto que, una respuesta rotundamente afirmativa podría generar dos consecuencias: (i) en primer lugar, se estaría atribuyendo, si bien indirectamente, fuerza de ley a una serie de criterios que, de forma totalmente discrecional, la Sala Primera del TS, ha optado por recopilar; (ii) y, en segundo lugar, supondría una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de defensa⁷³ y del principio *pro actione* que se reconoce en el art. 24 CE, como consecuencia de una interpretación rigorista y del todo desproporcionada de los presupuestos procesales que impiden el examen del fondo, ya que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para el acceso a casación de un recurso⁷⁴, puesto que, de lo contrario, el incumplimiento de cualquier requisito formal que, a efectos prácticos resulta ser una nimiedad —por ejemplo, presentar un recurso tenga una extensión de 50.020 caracteres—, daría lugar a la inadmisión de un recurso de casación.

⁷³ Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I. “De cuando la Times New Roman se pudo imponer sobre el derecho de defensa en la casación contencioso-administrativa”. *Diario La Ley*. 2017, núm. 8919.

⁷⁴ Vid. STS 518/2018, de 23 de marzo, FD 5º (ECLI:ES:TS:2018:1137): “La doctrina constitucional, por todas, STC 12/2017, de 30 de enero, indica «el mayor alcance que el Tribunal otorga al principio *pro actione* en los supuestos de acceso a la jurisdicción, que obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24 CE (...)»”.

Asimismo, vid. PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*. 1ª Edición. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 83; RANDO BURGOS, E. “Los escritos de preparación de interposición del recurso de casación: requisitos y consecuencias jurídicas de su inobservancia”. *Revista General de Derecho Administrativo*. 2019, núm. 51, p. 27.

Además, habría que preguntarse qué ocurre si se produce el incumplimiento de alguno de los requisitos formales que se establecen a la luz de estos criterios orientadores. Para ello, conviene hacer un análisis de la situación análoga generada por el art. 87.3 *bis* LRJCA, puesto que para ver cómo se afrontarán las dudas interpretativas que genera el actual art. 481.8 LEC. Así, si examinamos la jurisprudencia sobre la materia veremos que el contenido del art. 87.3 *bis* LRJCA se interpreta del siguiente modo:

En primer lugar, se reconoce que los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional sobre la materia a la que se refiere el art. 87.3 *bis* LRJCA, se aplican a modo de recomendación⁷⁵.

En segundo lugar, aunque la dicción literal del art. 87.3. *bis* LRJCA únicamente haga referencia a los escritos de interposición y oposición del recurso de casación, las razones que justifican la extensión máxima, la fijación de la forma y la estructura de éstos es igualmente aplicable para los escritos de preparación —respecto de aquellos aspectos que no se concretan en el art. 89.2 LRJCA— y restantes que puedan presentarse durante la tramitación del mismo. Respecto a esto, dentro del Acuerdo vigente hay un apartado en el que se indica que las pautas relativas a la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales, si son escritos de interposición y oposición de los recursos de casación dirigidos a la Sala Tercera del TS, son catalogados como “normas”; sin embargo, en lo que respecta a la estructura de los escritos de preparación (art. 89.2 LRJCA) y de oposición a la admisión (art. 89.6 LRJCA) de los recursos de casación, dicho Acuerdo denomina a las condiciones de este tipo de escritos como “criterios orientadores”. Esto es del todo confuso, puesto que la catalogación de ciertas pautas, en función del tipo de escrito, como norma choca del todo con la consideración de estos instrumentos como meras recomendaciones e, incluso la jurisprudencia, llega a reconocer que de esta distinción nominativa que se halla en el Acuerdo, se desprende el carácter vinculante

⁷⁵ Así lo vemos en ATS 254/2017, de 29 de mayo, RJ 3º (ECLI:ES:TS:2017:5305A): “La previsión legal contenida en el artículo 87.bis de la Ley Jurisdicción tan sólo menciona expresamente los escritos de interposición y oposición del recurso de casación, pero no puede desconocerse que las razones que justifican limitar la extensión máxima y fijar la forma y estructura normalizada de tales escritos, sirven también, si cabe con mayor intensidad, respecto de los escritos de preparación del recurso de casación y de los restantes escritos que se puedan presentar durante la tramitación del mismo. Por ello se considera conveniente fijar, también, a modo de recomendación, los criterios de extensión máxima y otros elementos extrínsecos que deberían tener tales escritos”.

únicamente de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación⁷⁶.

En tercer lugar, se prevé, la subsanación de los defectos formales que traen causa en previsto en el art. 87.3 bis LRJCA, a través de la vía del art. 138.1 LRJCA. Este criterio es de todo opuesto con los anteriores ya que, si precisamente se reconoce que lo dispuesto en los Acuerdos son meras orientaciones, entonces ¿por qué ha de llevarse a cabo una subsanación de un requisito que, legalmente, no es exigible?

Si analizamos lo dispuesto en el art. 138 LRJCA, veremos que la norma se refiere a la subsanación de los requisitos establecidos en la LRJCA y, aunque es cierto que en el art. 87. 3 *bis* LRJCA establece que los criterios que han de cumplir los escritos procesales vendrán fijados mediante Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional, de esta interpretación que hace la jurisprudencia se deriva un reconocimiento intrínseco de la fuerza de ley que tienen dichos caracteres ya que la vía de subsanación es aquella que se refiere a los requisitos legalmente exigibles.

En último término, esta línea jurisprudencial reconoce que una desestimación de un recurso por el incumplimiento los requisitos formales a los que se refiere el art. 87. 3 *bis* LRJCA supone ser “una interpretación rigorista de los presupuestos procesales, con un resultado desproporcionado, pues no puede anudarse la denegación de la preparación del recurso de casación al no seguimiento de unos criterios que se configuran como orientadores (...)”⁷⁷. De lo contrario, se produciría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del *principio pro actione* que se reconoce en el art. 24 CE, principio del que se desprende que la inadmisión de un escrito procesal por causas formales debe aplicarse de forma restrictiva, lo cual deja de lado las interpretaciones excesivamente formales y desproporcionadas.

El análisis de la situación que ha generado en la práctica la aplicación del art. 87. 3 *bis* LRJCA sirve para intuir la situación que puede generar el art. 481.8 LEC en el orden civil.

⁷⁶ “(...) el apartado III de tales criterios establece los «Criterios orientadores respecto de los escritos de preparación (art. 89.2 de la LJ) y de oposición a la admisión (art. 89.6 LJ) de los recursos de casación dirigidos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo», cuyo mismo enunciado ya se contraponen al apartado II en el que se establecen las «Normas para los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación dirigidos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo» -éstas sí, de carácter vinculante”. Vid. ATS 6869/2017, de 4 de julio, RJ 3º (ECLI:ES:TS:2017:6869A).

⁷⁷ ATS 445/2017, de 13 de noviembre, RJ 3º (ECLI:ES:TS:2017:10653A).

VIII. LA FASE DE ADMISIÓN DEL RECURSO Y EL TRÁMITE DE AUDIENCIA POSTERIOR

1. *La atribución de mayor protagonismo al LAJ: análisis del art. 483.1 LEC*

A través de la nueva regulación se le otorga un papel más activo al LAJ del tribunal *ad quem*, ya que, junto a las funciones relativas a la declaración del recurso como desierto si las partes no comparecieran dentro del plazo establecido ante el órgano *ad quem* (art. 482. 1. II LEC) y la relativa a pasar las actuaciones para que el tribunal correspondiente se pronuncie sobre la admisión del recurso (art. 483.2 LEC), se añade una nueva función al LAJ a través de la nueva redacción del art. 483.1 LEC, en virtud del cual se le atribuye una labor que antes tenía atribuida la Sala de Admisión del TS y que se contenía en la redacción anterior a la reforma del art. 483.3 LEC.

En virtud de la nueva redacción del art. 483.1 LEC, será el LAJ el que comprobará que el recurso de casación se haya interpuesto en tiempo y en forma, además de verificar en los supuestos de recursos de casación interpuestos por infracción procesal que se haya interpuesto la denuncia previa correspondiente en instancia, así como que se haya constituido el depósito para recurrir y el cumplimiento, en su caso, de los requisitos previstos en el art. 449 LEC⁷⁸. En caso de que el LAJ determine que el recurso cumple con los requisitos que ha de tener el recurso, elevará las actuaciones a la Sección de Admisión de la Sala Primera del TS o a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ para que se pronuncie sobre la admisión y, en caso de que el LAJ determine que el recurso de casación ha de inadmitirse por el incumplimiento de tales requisitos, lo hará mediante decreto.

Sobre este trámite del art. 483.1 LEC podemos ver plasmado esa tendencia hacia el mayor formalismo que se desprende en la LEC, puesto que en el trámite análogo a este momento procesal cuando la competencia la tenía atribuida la Sala de Admisión, antes de resolver sobre la admisión del recurso, ponía de manifiesto mediante providencia las posibles causas de inadmisión detectadas en el recurso de casación interpuesto para que, en un plazo de diez días, las partes personadas, formularan las alegaciones que estimaran pertinentes. Además, si se detectaba que la causa de inadmisión no afectaba más que a alguna de las infracciones alegadas en el recurso, podía resolverse la admisión del recurso respecto de los motivos alegados que no adolecieran de alguna de las causas de inadmisión. Todo esto con la

⁷⁸ BELLIDO PENADÉS, R. "Claroscuros de la proyectada reforma (...)", ob. cit., p. 46-47.

reforma desaparece, simplificándose mucho más esta fase y atribuyendo la competencia al LAJ, lo cual se puede justificar en la necesidad de descarga de trabajo al TS⁷⁹.

En último término, llama la atención que en art. 483.1 LEC no se haga mención en la ley sobre si contra el decreto que dicta el LAJ en el que inadmite el recurso de casación, cabe recurso alguno. Sobre este punto hay que indicar que, pese a que en el art. 483.1 LEC se ha omitido referencia alguna a la posibilidad de interposición del recurso, creemos que, como se trata de un decreto que impide la continuación de un procedimiento, sí cabe la interposición de recurso de revisión (art. 454 *bis* LEC). La justificación de ello se basa en que la no previsión de recurso contra el decreto puede resultar ser inconstitucional porque esa falta de impugnación de la decisión dictada por el LAJ crea un espacio inmune al control judicial y eso puede constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁸⁰.

2. ALTERACIÓN DE LA CARGA DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE ADMISIÓN E INADMISIÓN DEL RECURSO

Con la reforma, la inadmisión del recurso se hará mediante providencia sucintamente motivada y la admisión del recurso a través de auto en el que se expresen las razones por las que la Sección de Admisión de la Sala Primera del TS o a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, en su caso, se pronuncien sobre las cuestiones planteadas en el recurso (art. 483.3 LEC). Este modelo no es desconocido, puesto que se adopta un sistema que ya opera en los órdenes contencioso-administrativo y penal⁸¹.

De nuevo, la idea que subyace de este cambio en el modelo casacional civil, se encuentra en el objetivo de disminuir la carga de trabajo del Tribunal en el trámite de admisión del recurso⁸², a través del desplazamiento del gra-

⁷⁹ Si bien es cierto que, como indica parte de la doctrina, se justifica la reforma por la poca utilidad que tenía en la práctica este trámite, puesto que la realidad es que las situaciones en las que podía dar lugar a un cambio de criterio respecto a la admisibilidad del recurso de casación, era del todo excepcional, y se había convertido este mismo en un trámite que se utilizaba en la práctica incluso con un ánimo dilatorio por la parte recurrida. Vid. NIEVA FENOLL, J. “Reformando la casación (...)”, ob. cit., p. 6.

⁸⁰ Sobre este punto, vid. STC 58/2016, de 17 de marzo, FJ 7º (ECLI:ES:TC:2016:58); STC 72/2018, de 21 de junio, FJ 4º (ECLI:ES:TC:2018:72); STC 34/2019, de 14 de marzo, FJ 7º (ECLI:ES:TC:2019:34); STC 15/2020, de 28 de enero, FJ 3º (ECLI:ES:TC:2020:15).

⁸¹ HUALDE LÓPEZ, I. “Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil”, ob. cit., p. 232

⁸² MUÑOZ ARANGUREN, A. “El diseño del nuevo recurso de casación civil en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”. *Diario La Ley*. 2023, núm.

do de la carga de la fundamentación⁸³. Sin embargo, como contrapartida, se produce una merma en las garantías del justiciable en cuando a que, con la providencia de inadmisión se produce una falta de recepción de información sobre los motivos que han dado lugar a la inadmisión del recurso —mención aparte tiene la dificultad que entraña la consulta de las providencias de inadmisión de los recursos de casación para los operadores jurídicos, especialmente los abogados, en lo que respecta al conocimiento de la práctica que llevará a cabo la Sección de Admisiones de la Sala Primera del TS, siendo este un problema que ya se ha detectado en el ámbito del recurso contencioso-administrativo—⁸⁴.

Además, contra la providencia o el auto que resuelva sobre la admisión del recurso, no cabrá la interposición de recurso alguno (art. 483.4 LEC)⁸⁵. El efecto que se deriva de ello es que únicamente podrá formularse, en su caso, un incidente de nulidad de actuaciones (arts. 228 LEC y art. 241 LOPJ) y, en caso de que sea inadmitido, ya acudir a la vía del recurso de amparo ante el TC (art. 44 LOTC).

3. LA DESAPARICIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA A INSTANCIA DE PARTE A LA LUZ DEL ART. 486.1 LEC

Otro de los puntos más llamativos de la reforma, es que se ha eliminado la posibilidad de solicitar a instancia de parte la celebración de la eventual vista, dando lugar a que ahora sólo se celebrará esta si el Tribunal, *ex officio* y mediante providencia, lo considera conveniente para una mejor impar-

10210, p. 13.

⁸³ BELLIDO PENADÉS, R. “Claroscuros de la proyectada reforma (...)”, ob. cit., p. 48.

⁸⁴ Y es que ya SANTAMARÍA PASTOR advierte de la dificultad de poder conocer en este caso la práctica que tiene la Sección de Admisiones de la Sala Tercera del TS a la hora de inadmitir los recursos de casación contencioso-administrativos, puesto que las providencias no se publican. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. “Dous anos do novo recurso de casación”. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*. 2019, núm. 57, p. 247

⁸⁵ Esto es especialmente preocupante, más teniendo en cuenta la criticable deriva que en los últimos tiempos ha adoptado la Sala Primera del TS, y de la que advierte CACHÓN CADENAS y cuya plasmación se refleja en el ATS 2546/2020, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:2546A); a saber: la inadmisión de recursos extraordinarios por infracción procesal considerando que el motivo del recurso es inadmisibile por carencia manifiesta de fundamento pero atribuyendo al motivo del recurso un contenido distinto del que efectivamente es alegado por la parte recurrente. Vid. CACHÓN CADENAS, M. “¿Por qué cuesta tanto acceder al Tribunal Supremo? (Comentario al auto de 11 de marzo de 2020 de la Sala Primera del Tribunal Supremo)”. *Món jurídic: revista de l’II-lustre Col·legi de l’Advocacia de Barcelona*. 2020, núm. 330, pp. 62-63. En: PICÓ I JUNOY, J. “Reflexiones críticas de urgencia sobre la reciente reforma de la casación civil”. *Diario La Ley*. 2023, núm. 10321, p. 4.

ción de la Justicia (art. 486.1 LEC)⁸⁶. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de la reforma ha eliminado la posibilidad de que sean las partes las que soliciten la celebración de la vista, lo cual no deja de ser una manifestación de la limitación del derecho de audiencia de las partes en el proceso y, en definitiva, una reducción de las garantías procesales⁸⁷.

IX. EL RETORNO DEL REENVÍO AL SISTEMA DE CASACIÓN CIVIL ESPAÑOL

La nueva redacción del art. 487.1 LEC establece la posibilidad de poner fin al recurso de casación cuando la resolución impugnada sea opuesta a la doctrina jurisprudencial vigente sobre la cuestión planteada mediante un auto en el que la Sala Primera del TS lleva a cabo el *iudicium rescindens* y, a continuación, devolverá el asunto al Tribunal *a quo* para que realice la labor de *iudicium rescissorium*, resolviendo así sobre el fondo de la cuestión. Así, incorpora el modelo casacional el sistema de reenvío supuestos de concurrencia de *vicios in iudicando*, siendo este un régimen que no es desconocido en la tradición casacional española.

Se justifica, de nuevo, este motivo en razones de eficiencia, puesto que su eficacia se manifiesta en los casos en los que la doctrina jurisprudencial sea demasiado reciente y eso haya generado que se hayan planteado numerosos recursos de casación contra sentencias que contradigan dicha doctrina jurisprudencial. Se busca así aligerar la carga de trabajo que soporta la Sala Primera del TS⁸⁸.

1. ALGUNAS NOTAS PRELIMINARES EN TORNO AL REENVÍO EN EL MODELO CASACIONAL CIVIL ESPAÑOL

El sistema de reenvío se fija en los orígenes de la casación española a través de la promulgación del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad⁸⁹, en virtud el cual se articulaba un sistema en

⁸⁶ Aunque, si la celebración de la vista se acordará cuando se considere conveniente para la mejor impartición de la Justicia, acaso ¿“lo conveniente no debería ser “necesario”? Vid. GARCÍA VICENTE, J. R. “La nueva casación civil: dudas y certezas”. *Diario La Ley*. 2023, núm. 10344, p. 9.

⁸⁷ PICÓ I JUNOY, J. “Reflexiones críticas (...)”. *ob. cit.*, p. 4.

⁸⁸ Vid. Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de julio de 2021, por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia, *cit.*, p. 179.

⁸⁹ Para gran parte de la doctrina científica, el recurso de nulidad de este Real Decreto resulta ser el primer germen de la casación en España. Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “Precedentes del error de De-

el que se distinguía, por un lado, por la concurrencia de vicios *in iudicando* (art. 3), por otro lado, por la concurrencia de vicios *in procedendo* (art. 4). A través de este sistema, se concebían dos vías procedimentales extraordinariamente influidas por el sistema de reenvío francés⁹⁰. Por un lado, si se declaraba lugar al recurso por infracción de la ley procesal (art. 19), se debían reponer los autos al momento procesal en el que se había producido el vicio de nulidad y debía devolverse el asunto al Tribunal *a quo* para que se sustanciara de nuevo el proceso, siendo esta la expresión en puridad del sistema de reenvío de la casación francesa. Por otro lado, en lo que respecta al recurso de casación por ser el fallo contrario a la ley expresa y terminante (art. 18), realmente nos encontramos ante la plasmación de dos modelos; a saber: el antiguo sistema español de recurso extraordinario por injusticia notoria, a través del cual el Consejo declaraba haber lugar a la injusticia y fallaba si necesidad de devolver los autos al Tribunal que había resuelto sobre el fondo; y el sistema de reenvío francés, a través del cual el Supremo Tribunal casaba o anulaba la sentencia y, a continuación, enviaba la causa a la Audiencia para que, de nuevo, se pronunciara sobre el fondo de la cuestión. Como se indica, el sistema de reenvío del art. 18 es “híbrido” en cuanto a que, si bien la Audiencia se pronunciaba sobre el fondo de la cuestión y no el Supremo Tribunal, no se producía una reposición del proceso al estado que tenía antes de la declaración de nulidad⁹¹.

Sin embargo, esta legislación genera una serie de problemas que la doctrina señala muy pronto, puesto que se trata de un sistema que origina

recho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (I)”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, núm. 4, pp. 808 y 810; LASO GAITE, J. F. “La evolución de la casación civil en España”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1971, núm. 1, pp. 127 y 136.

⁹⁰ Sobre este punto VÁZQUEZ SOTELO sí que reconoce “la influencia notable de la legislación francesa, no ya en la definición de los vicios *in iudicando* (...) y de los vicios *in procedendo* (...), sino también —y, sobre todo— porque si el Tribunal estima el recurso por vicio *in iudicando* no falla sobre el fondo, sino que devuelve los autos al Tribunal de su procedencia “para que sobre el fondo de la cuestión determine, en última instancia, lo que estime justo”. Vid. VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “Rasgos definidores de la casación civil española”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1974, núm. 4., p. 864.

Sin embargo, JIMÉNEZ CONDE considera que realmente el reenvío no constituye la principal influencia de la legislación francesa en el modelo casacional, pues entiende que hay numerosas semejanzas en lo que respecta, por un lado a los caracteres esenciales del modelo español con la casación de la ley 1 de abril de 1837 —un recurso que deja de ser el instrumento de control político que fue en sus orígenes para convertirse en un recurso de carácter jurisdiccional— y, por otro lado, por la idéntica función que se vino a cumplir por la casación en ambos países. Vid. JIMÉNEZ CONDE, F. “Precedentes del error (...)”, ob. cit., p. 811.

⁹¹ PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J.F. *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838. Sobre recursos de nulidad*. 3ª Edición. Madrid: Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Editor. 1847, pp. 72-73.

gastos, dilaciones considerables, además de posibles problemas de criterio entre el TS y los tribunales que resuelven sobre el fondo. Asimismo, también se detecta que se adopta el modelo francés, pero con la particularidad de que no se contempla la posibilidad de interposición de un segundo recurso en el caso de que el tribunal *a quo* insistiese en su primera sentencia, siendo esto catalogado como una “omisión grave que hacía inútil el primero recurso, toda vez que al libre arbitrio de la audiencia quedaba el aceptar o no la jurisprudencia del TS”⁹². Y es que, aunque el modelo de reenvío francés sirvió como referencia en la reforma, no se tuvo en cuenta que, para evitar los fallos detectados por la doctrina, en este ordenamiento jurídico cuando se reproducía la sentencia que había sido casada y anulada, se podía interponer un segundo recurso a través del cual el tribunal de casación en pleno decidía sobre el fondo de forma soberana y definitiva para poner fin al pleito⁹³.

Todo esto es lo que motiva que la experiencia con el sistema de reenvío desaparezca muy pronto del ordenamiento jurídico español.

En el orden jurisdiccional penal, el Real Decreto de 22 de junio de 1852 relativo a las causas de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública, además de traer consigo la primera referencia nominal al “recurso de casación” en nuestro ordenamiento jurídico, elimina el sistema de reenvío únicamente en los casos en los que se haya estimado el recurso de casación en los supuestos de concurrencia de vicios *in iudicando* (art. 109).

En lo que respecta al orden jurisdiccional civil, través de la Instrucción del Procedimiento Civil respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, de 30 de septiembre de 1853 —la conocida como “Instrucción del Marqués de Girona”—, el art. 74 se deja sin efecto el art. 18 del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, estableciéndose un nuevo sistema en que el reenvío ya no se hará al Tribunal *a quo* que conoció la causa, sino a otra Sala del TS⁹⁴, sin embargo no será hasta la promulgación de la LEC de 1855 que no

⁹² AA. VV. (JUNTA DE GOBIERNO, EX-DECANOS, COMISIÓN ESPECIAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID). *Observaciones sobre la Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria de 30 de septiembre de 1853*. Madrid: Imprenta de Díaz y Compañía, 1853, pp. 60-62.

⁹³ GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M. *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*. 2ª Edición. Madrid: Imprenta de D. F. SÁNCHEZ, 1856, T. II, Libro Tercero, p. 459.

⁹⁴ Aunque hay que indicar que tuvo esta instrucción una vigencia fugaz —pues se suspende su observancia el 18 de agosto de 1854—, ya que esta generó mucha discordia y oposición. Vid. CACHÓN CADENAS, M. *Otras historias de procesalistas y del Proceso*. 1ª Edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2022, p. 69.

En lo que respecta al nuevo sistema de reenvío, el ICAM emitió un informe especialmente crítico a finales de 1853 en el que indicaba que el modelo que emanaba de la Instrucción podía generar

se consagrará la desaparición definitiva del sistema de reenvío cuando el recurso de casación se haya interpuesto por infracción de ley o de doctrina jurisprudencial, de tal modo que el TS en estos casos, además de llevar a cabo el *iudicium rescindens* también llevará a cabo una función de *iudicium rescissorium* a través del dictamen de sentencias (art. 1060). Asimismo, y aun siendo únicamente de aplicación en las que se denominaban como “provincias ultramarinas”, la Real Cédula de 30 de enero de 1855, suprime mediante el art. 214 el sistema de reenvío contemplado en el marco del recurso de casación, aunque únicamente en los supuestos de recursos de casación por concurrencia de vicios *in iudicando*.

2. EL RETORNO AL SISTEMA DE REENVÍO: ¿ES PROCESALMENTE EFICIENTE?

El reenvío es la práctica habitual en las legislaciones europeas modernas de nuestro entorno, tal y como ocurre en Francia, Alemania o Italia, hasta tal punto que la previsión de atribución de competencias al tribunal casacional para que resuelva también sobre el fondo resulta ser inusual⁹⁵.

La nueva regulación que trae consigo el RD-ley 5/2023 a través de su plasmación en el art. 487.1 LEC, trae consigo un sistema de reenvío de la cuestión en aquellos supuestos en los que el motivo de casación se base en su oposición a la doctrina jurisprudencial en la materia; o sea: porque haya concurrido interés casacional a la luz de lo dispuesto en el art. 477. 3 LEC.

Llama la atención la reincorporación del sistema de reenvío en los recursos de casación en los que concurren *vicios in iudicando* con ocasión de ser una resolución opuesta a la doctrina jurisprudencial que gire en torno a dicha materia, y ello motivado por la consecución del objetivo de aminorar la excesiva carga de trabajo de la que adolece la Sala Primera del TS. Y es que, precisamente, uno de los motivos que propiciaron, en su momento, la derogación del sistema de reenvío del Real Decreto de 4 de noviembre de

múltiples problemas: por un lado, porque sencillamente esa otra Sala del TS podría actuar del mismo modo que lo haría la que declaró la nulidad, lo cual generaría gastos y dilaciones que podrían evitarse; y por otro lado, porque, en caso de que resuelva de forma contradictoria y opuesta a la Sala que resuelve el recurso, ello podía generar una disonancia doctrinal que habría desprestigiado el funcionamiento del TS en su conjunto y, en consecuencia, habría impedido la consecución de la pretendida unidad en la jurisprudencia. Vid. AA. VV. (JUNTA DE GOBIERNO, EX-DECANOS, COMISIÓN ESPECIAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID). *Observaciones* (...), ob. cit., p. 62.

⁹⁵ SCHUMANN BARRAGÁN, G. “La ausencia de la instancia y la práctica del reenvío en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”. En: AA. VV. (CACHÓN CADENAS, M., PÉREZ DAUDÍ, V., Coords.). *El enjuiciamiento civil y penal hoy: IV Memorial Manuel Serra Domínguez*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 797-809.

1838 fueron precisamente los problemas de dilaciones que se generaban con la práctica el reenvío de asuntos a los Tribunales *a quo*⁹⁶.

Una vez se produce el reenvío, cabe que nos planteemos si las AAPP han de someterse necesariamente al criterio que haya plasmado la Sala Primera del TS en el auto para llevar a cabo el posterior *iudicium rescissorium*. Si tenemos en cuenta la literalidad de lo dispuesto en la última parte del art. 487.1 LEC, podremos ver que el contenido del auto que dicta la Sala Primera del TS es vinculante para el Tribunal inferior cuando se indica que una vez que se resuelve casando la resolución recurrida se “(...) devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte una nueva resolución *de acuerdo con la doctrina jurisprudencia*⁹⁷”. Sin embargo, bajo el manto de la garantía de la independencia judicial, los Jueces y Tribunales no están sometidos al principio de jerarquía, lo cual quiere decir que los órganos superiores no pueden corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que hagan los órganos inferiores, salvo cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan (art. 12.2 LOPJ). Si se entiende que del auto se deriva fuerza vinculante, las AAPP resolverán sobre el fondo aplicando la doctrina jurisprudencial que se haya indicado por la Sala Primera del TS, lo que propiciará a garantizar la función uniformadora del recurso y, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica del sistema, aunque todo ello pueda llegar a afectar la independencia judicial del Tribunal *a quo*⁹⁸.

Por el contrario, si se entiende que no existe esa fuerza vinculante porque en nuestro ordenamiento jurídico no opera el precedente, puede producirse una situación en la que, de nuevo, el Tribunal *a quo* resuelva sobre el fondo aplicando una doctrina jurisprudencial contraria a la indicada en el

⁹⁶ En este sentido resultan ser especialmente llamativas las palabras del MARQUÉS DE GERONA en referencia al modelo que traía consigo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y con el que definitivamente se eliminaba el sistema de reenvío establecido por el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838: “Aplaudo, pues, francamente el sistema de la ley, después de haber experimentado uno y otro método en el Tribunal Supremo. Digo más: doy por el planteamiento del nuevo la enhorabuena a la justicia. (...) ¡Qué de dilaciones suprimidas! ¡Cuántos gastos ahorrados con el nuevo sistema al infeliz litigante, que al salir hoy victorioso del Tribunal Supremo de Justicia lleva la mano una ejecutoria, en vez de un simple mandamiento para que se vuelva a ver un pleito mal fallado!”. Vid. DE CASTRO Y OROZCO, J. “Examen del recurso de casación en España”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1858, pp. 15-16.

⁹⁷ El subrayado es mío.

⁹⁸ Y es que, si se entiende que nos encontramos ante “doctrina legal correctora” de la Sala Primera del TS, los órganos judiciales inferiores quedarían vinculados al criterio establecido por el TS, so pena de incurrir, incluso, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina correctora que les vincularía por lo expuesto en el art. 487.1 LEC. En este sentido, vid. STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º (ECLI:ES:TC:2012:37).

auto, lo que podría llegar a abrir de nuevo la casación por la concurrencia de interés casacional, ya que la dicción literal del art. 487.4 LEC no aclara si, cuando se establece que “contra la sentencia o el auto que resuelva el recurso de casación no cabe recurso alguno”, se incluye la sentencia que dicta la AAPP en reenvío.

3. EL AUTO COMO MECANISMO QUE PONE FIN AL RECURSO DE CASACIÓN: PROBLEMAS DETECTADOS

Se trata esta de otra de las novedades detectadas en materia casacional, puesto que en la nueva redacción del art. 487 LEC se prevé poner fin al recurso de casación en el que la resolución objeto de recurso se impugne debido a su oposición con la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas en el marco del proceso que esta misma ha puesto fin, a través de un auto en el que se contiene la nulidad de dicha resolución impugnada.

Lo realmente llamativo de esta regulación es que, junto con el art. 487 LEC, no se ha incorporado la correspondiente —y necesaria— reforma de lo dispuesto en el art. 206.1. 2ª y 3ª LEC, puesto que es en este artículo en el que la LEC regula las reglas que han de observarse para dictar un tipo u otro de resolución judicial.

Esta deficiencia que encontramos en la LEC puede generar un supuesto de antinomia normativa entre lo dispuesto en los arts. 487 LEC y 206.1.2ª y 3ª LEC, puesto que ello genera, a simple vista, una situación de incompatibilidad o contradicción en relación con lo que se dispone en los citados preceptos, y ello da lugar a se cuestione si nos encontramos ante una situación de derogación tácita o no⁹⁹.

X. REFLEXIÓN FINAL

Que el modelo de casación civil español es ineficaz en términos de gestión procesal es algo sabido. Y los datos estadísticos así lo demuestran. De ahí que toda reforma que tenga por objeto reducir los términos de admisión y resolución del recurso de casación debe ser bienvenida.

A este objetivo responde el RD-ley 5/2023, si bien es cierto que la reforma se realiza sin el necesario debate público para analizar sus pros y contras. Probablemente, con dicho debate hubiese aflorado el alto precio

⁹⁹ Al respecto, vid. última parte del epígrafe 1 del capítulo III del presente trabajo.

que se paga —en términos de garantías— para intentar alcanzar una mayor eficiencia de nuestra casación civil: por un lado, se reducen las posibles audiencias con las partes —se ha eliminado la notificación al recurrente de la eventual concurrencia de un motivo de inadmisión del recurso, y se ha suprimido la preceptiva realización de vista cuando todas las partes así lo solicitaban—; y por otro lado, se introduce un indeseado —e incompleto— mecanismo de reenvío para cuando la sentencia recurrida contradiga la doctrina jurisprudencial que, al margen de perjudicar directamente el tradicional *ius litigatoris* de la casación civil española —pues el recurrente verá como su problema no se resuelve definitivamente por el TS—, puede provocar que la resolución del litigio se alargue si el Tribunal al que se reenvía el auto que resuelve el recurso no se ajusta —o interpreta de modo distinto— la resolución del TS, lo que en nada beneficia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de los justiciables.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (JUNTA DE GOBIERNO, EX-DECANOS, COMISIÓN ESPECIAL COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID). *Observaciones sobre la Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria de 30 de septiembre de 1853*. Madrid: Imprenta de Díaz y Compañía, 1853.
- AA. VV. (VELASCO CABALLERO, F., DARNACULLETA GARDELLA, M., Dirs.). *Manual de Derecho Administrativo*. 1ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2023.
- ACOSTA GALLO, P. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. *Revista General de Derecho Administrativo*. 2016, núm. 41.
- ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 7ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BANACLOCHE PALAO, J. “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”. *Diario La Ley*. 2021, núm. 9814.
- BELLIDO PENADÉS, R. “Claroscuros de la proyectada reforma del recurso de casación civil”. *Revista General de Derecho Procesal*. 2022, núm. 58.
- BLASCO GASCÓ, F. *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*. 1ª Edición. Navarra: Aranzadi, 2002.
- CACHÓN CADENAS, M. *Otras historias de procesalistas y del Proceso*. 1ª Edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2022.
- CACHÓN CADENAS, M. “¿Por qué cuesta tanto acceder al Tribunal Supremo? (Comentario al auto de 11 de marzo de 2020 de la Sala Primera del Tribunal Supremo)”. *Món jurídic: revista de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona*. 2020, núm. 330, pp. 62-63.

- COLINA GAREA, R. “Artículo 2”. En: AA. VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo I (arts. 1 a 151)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 100-114.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. “De cuando la Times New Roman se pudo imponer sobre el derecho de defensa en la casación contencioso-administrativa”. *Diario La Ley*. 2017, núm. 8919.
- COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. 27ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, S.A., 2016.
- CROSS, R., HARRIS, J. W. *El precedente en el Derecho inglés*. 1ª Edición. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- DE BLAS JAVALOYAS, J. R., “Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación”. En: AA. VV. (IZQUIERDO BLANCO, P., PICÓ I JUNOY, J, ADÁN DOME-NECH, D., Dirs.). *Todas las preguntas y respuestas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª Edición. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., 2022.
- DE CASTRO Y OROZCO, J. “Examen del recurso de casación en España”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1858.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. “Casación, hechos, Derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”. *Revista de Derecho Procesal*. 1993, núm. 3, pp. 535-566.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. 19ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2020, vol. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *Revista española de Derecho Administrativo*. 1996, núm. 89, pp. 69-89.
- GARCÍA VICENTE, J. R. “La nueva casación civil: dudas y certezas”. *Diario La Ley*. 2023, núm. 10344.
- GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., CALAZA LÓPEZ, S. *Introducción al Derecho Procesal*. 1ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J.M. *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*. 2ª Edición. Madrid: Imprenta de D. F. SÁNCHEZ, 1856, T. II, Libro Tercero.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. “La omnipresencia del interés casacional: a propósito de la proyectada reforma en el orden jurisdiccional civil”. *Diario La Ley*. 2021, núm. 9844.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. “Los Acuerdos Plenarios No Jurisdiccionales del Tribunal Supremo y la reforma del sistema impugnatorio de autos definitivos en el orden penal”. *Revista General de Derecho Procesal*. 2019, núm. 48.
- GUASCH FERNÁNDEZ, S. *El hecho y el derecho en la casación civil*. 1ª Edición. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

- HUALDE LÓPEZ, I. “Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2022, núm. 2, pp. 230-263.
- JIMÉNEZ CONDE, F. “Precedentes del error de Derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (I)”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, núm. 4, pp. 787-849.
- LASO GAITE, J. F. “La evolución de la casación civil en España”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1971, núm. 1, pp. 127-183.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El interés casacional*. Madrid: Civitas, 2002.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M^a. *Instrucción del procedimiento civil, con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, explicada y comentada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*. Madrid: Imprenta de la Biblioteca del Notariado, 1853.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008, núm. 10.
- MASCARELL NAVARRO, M^a. J. “El interés casacional consistente en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales: la entidad de la contradicción”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., BUJOSA VADELL, L-M. (Coord.). *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum II*. 1^a Edición. Barcelona: Atelier, 2013, vol. II, pp. 651-666.
- MERCHÁN MURILLO, A. “La irrecurribilidad de autos dictados por la Audiencia Provincial: comentario al Auto del Tribunal Supremo, de fecha 30 de mayo de 2018”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 856-862.
- MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*. 3^a Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- MUÑOZ ARANGUREN, A. “El diseño del nuevo recurso de casación civil en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”. *Diario La Ley*. 2023, núm. 10210.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general. Tomo I*. 3^a Edición. Madrid: lustel, 2011.
- MUÑOZ SABATÉ, L. “La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil”. En: MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica procesal: 25 años de estudios forenses*. 1^a Edición. Barcelona: Bosch Editor, 2012, pp. 29-42.
- NIEVA FENOLL, J. *El recurso de casación civil*. 1^a Edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2003.
- NIEVA FENOLL, J. “Reformando la casación —civil y penal— por el Real Decreto-Ley: ¿el espíritu de una época?”. *Actualidad Civil*. 2023, núm. 7-8.
- ORTELLS RAMOS, M. “Reforma de la casación civil. Notas sobre el Anteproyecto de Ley de Eficiencia Procesal”. En: AA. VV. *Estudios sobre la casación: homenaje a Fernando Jiménez Conde*. 1^a Edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2021, pp. 147-194.

- PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J.F. *Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838. Sobre recursos de nulidad*. 3ª Edición. Madrid: Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Editor. 1847.
- PICÓ I JUNOY, J. En: AA. VV. (IZQUIERDO BLANCO, P., PICÓ I JUNOY, J., Dirs.). *Práctica Procesal Civil (Brocá-Majada-Corbal)*, T. VI (arts. 410 a 516 LEC). 23ª Edición digital actualizada a julio de 2023. Barcelona: Bosch.
- PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*. 1ª Edición. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.
- PICÓ I JUNOY, J. “Lectura positiva del Acuerdo de 27 de enero de 2017 del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 1ª de TS”. *Diario La Ley*. 2017, núm. 8942.
- PICÓ I JUNOY, J. “Reflexiones críticas de urgencia sobre la reciente reforma de la casación civil”. *Diario La Ley*. 2023, núm. 10321.
- RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. 1ª Edición. Barcelona: Atelier, 2008.
- RANDO BURGOS, E. “Los escritos de preparación de interposición del recurso de casación: requisitos y consecuencias jurídicas de su inobservancia”. *Revista General de Derecho Administrativo*. 2019, núm. 51.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. “Dous anos do novo recurso de casación”. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*. 2019, núm. 57, pp. 241-260.
- SANTISTEBAN CASTRO, M. “El interés casacional: revisión crítica y Smart Justice”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. 2022, núm. 2, pp. 235-321.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G. “La ausencia de la instancia y la práctica del reenvío en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo”. En: AA. VV. (CACHÓN CADENAS, M., PÉREZ DAUDÍ, V., Coords.). *El enjuiciamiento civil y penal hoy: IV Memorial Manuel Serra Domínguez*. Barcelona: Atelier, 2019, pp. 797-809.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 1979, núm. 2, pp. 329-344.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El recurso de casación”. En: AA. VV. (MONTERO AROCA, J., Coord.). *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*. 1ª Edición. Madrid: Civitas, 1993, pp. 215-292.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. “El recurso de casación en la LC 1/2000”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 2001, núm. 4, pp. 1135-1159.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Del recurso de casación”. En: AA. VV. (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Coord.). *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984)*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 783-947.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “Rasgos definidores de la casación civil española”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1974, núm. 4, pp. 859-926.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com

El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la moneda

Jordi Gimeno Beviá

Delitos de odio y proceso penal: desafíos y propuestas

Fernando Martín Diz

Análisis crítico de la propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores

Juan Alejandro Montoro Sánchez

La modernización de la cooperación judicial transfronteriza en la unión europea: la implementación de la digitalización

Ángel Tinoco Pastrana

Legal feminism and criminal justice: challenges of law as an instrument of subversion of the narratives of domination

Selena Tierno Barrios

La litigación civil por daños al medio ambiente. ¿Son los derechos de la naturaleza una alternativa razonable?

Guillermo Schumann Barragán

El cambio de paradigma del modelo casacional civil español a través del Real Decreto-Ley 5/2023

María Santisteban Castro
