

Nº 13

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



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



REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS Nº 13

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, 2026

© 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*)

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*)

Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)

Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaime 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 Ouest-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

DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA PARA LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA EN TIEMPO REAL Y ARTÍCULO 588 QUINQUIES A) LECRIM.....	9
<i>LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA</i>	
SISTEMA PENAL Y <i>PUBLIC COMPLIANCE</i>: LA COMUNICACIÓN INTERSISTÉMICA COMO UNA PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA	53
<i>THIAGO MARCANTONIO FERREIRA</i>	
WHATSAPP EN LOS TRIBUNALES: AUTENTICIDAD, INTEGRIDAD Y VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA DIGITAL	91
<i>LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ</i>	
EL PARADIGMA PROBATORIO DE LA COOPERACIÓN DIGITAL EUROPEA A LA LUZ DE LA STS 854/2025: ENTRE LA EFICACIA TRANSFRONTERIZA Y LA GARANTÍA PROCESAL	125
<i>MARÍA DOLORES GARCÍA SÁNCHEZ</i>	
LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA	177
<i>IRENE DE LAMO VELADO</i>	
EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS: ANÁLISIS EN CLAVE EUROPEA DE LA PROYECTADA TRANSPOSICIÓN DE LOS ARTS. 18 Y 19 DE LA DIRECTIVA 2020/1828	225
<i>PATRICIA LLOPIS NADAL</i>	

DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA PARA LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA EN TIEMPO REAL Y ARTÍCULO 588 QUINQUIES A) LECRIM*

**Technological investigative measures in criminal proceedings for
real-time remote biometric identification and article 588 quinquies
a) LECrim**

LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Catedrático de Derecho Procesal. Miembro del Instituto de Derechos Humanos
Universitat de València
Luis.a.cucarella@uv.es

Sumario: I. IA E INSTRUCCIÓN CRIMINAL: PREGUNTAS INVESTIGATIVAS. II. BIOMETRÍA EN TIEMPO REAL, INSTRUCCIÓN CRIMINAL Y REGULACIÓN UE. 1. Marco normativo: Reglamento UE 2024/1689, 13 junio. 2. Entrada en vigor y aplicabilidad. 3. Precisiones conceptuales. 4. Líneas generales del Reglamento IA: impacto en el proceso penal. 4.1. Fijación de un marco jurídico uniforme. 4.2. Evitación de riesgos y menoscabos a los derechos fundamentales. 4.3. Identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público e instrucción criminal. 4.3.1. Regla general: su uso es práctica prohibida. 4.3.2. Excepciones. 4.3.2.1. Identificación y localización selectivas de víctimas o personas desaparecidas. 4.3.2.2. Identificación de responsables. 4.3.3. Garantías. III. ART. 588 QUINQUIES A) LECRIM Y GARANTÍAS PARA EL USO DE LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS EN TIEMPO REAL. 1. Videovigilancia en lugares o espacios públicos. 2. El art. 588 quinquies a) Lecrim debe interpretarse en el sentido de que ni siquiera con autorización judicial puede usarse la IA en tiempo real. 3. Coordinadas para su implementación. 3.1. Informe previo del CGPJ. 3.2 Debe regularse expresamente el ámbito de las excepciones referentes a identificación de víctimas y responsables. 3.3. Será necesaria la autorización judicial previa. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación: “Aportes del Derecho Procesal en la consecución de la cultura de paz” (PID2024-160932NB-I00). Entidad financiadora: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, período: 1/09/2025 a 31/09/2028. IP (1): Dr. Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, IP (2): Dr. Marcos Loredó Colunga.

Resumen: El Reglamento de Inteligencia Artificial de 13 de junio de 2024 de la Unión Europea establece una regulación pionera en la materia. En el presente trabajo se analiza el impacto de dicho Reglamento en la fase de instrucción del proceso penal español. El objetivo perseguido es verificar si en la instrucción criminal es posible hacer uso de sistemas de identificación biométrica en tiempo real en espacios públicos. En definitiva, se ofrecen las pautas hermeneúticas y se profundiza en los presupuestos que son necesarios para que en el sistema procesal penal español puedan utilizarse estas diligencias de investigación tecnológica para la identificación de víctimas o responsables criminales.

Abstract: The Artificial Intelligence Regulation of 13th of June 2024, of the European Union establishes a pioneering regulation in the matter. In the present paper the impact of this Regulation on the Spanish criminal pre-trial proceeding is analysed. The objective pursued is to verify if in the criminal pre-trial proceedings, it is possible to use biometric identification systems in real time and public places. In conclusion, this study offers hermeneutic guidelines, and it examines in greater depth the requirements that must be met for these technological investigative measures to be used, within the Spanish criminal procedural system, for the identification of victims or criminally responsible persons.

Palabras clave: Inteligencia Artificial; proceso penal; identificación biométrica de víctimas; identificación biométrica de responsables criminales; diligencias penales de investigación tecnológica; captación de imágenes en lugares públicos.

Keywords: Artificial Intelligence; criminal proceeding; biometric identification of victims; biometric identification of criminally responsible persons; technological investigative measures in criminal proceedings, capture of images in public places.

Listado de Abreviaturas

Art.	Artículo
AAP	Auto de Audiencia Provincial
BDAW	Base de datos Aranzadi Westlaw
BOE	Boletín Oficial del Estado
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador/a
Dir.	Director/a
IA	Inteligencia Artificial
IAJ	Inteligencia Artificial Judicial
IAP	Inteligencia Artificial Policial
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
p.	página
RIA	Reglamento 2024/1689, 13 junio 2024, Parlamento europeo y del Consejo, de Inteligencia Artificial

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
VVAA	Autore/as varios/as

I. IA E INSTRUCCIÓN CRIMINAL: PREGUNTAS INVESTIGATIVAS

El impacto de la IA en la Justicia penal se aborda por la doctrina realizando la siguiente clasificación que nosotros seguimos¹:

- a) Por un lado, se pone de manifiesto que la IA puede ser útil para la prevención e investigación policial de la delincuencia. En este supuesto se habla de “Inteligencia Artificial Policial (IAP)”².
- b) Por otro lado, se indica que la IA puede ser “aplicada al proceso de determinación judicial de la responsabilidad por la perpetración de un delito”³. Este supuesto, MIRÓ LLINARES lo califica como “Inteligencia Artificial Judicial (IAJ)”⁴.

Aspectos relacionados con la IAJ se han abordado en el Acuerdo de 28 de enero de 2026, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba la “Instrucción 2/2026, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional”⁵ (Instrucción 2/2026).

Esta Instrucción atiende a determinados ámbitos de la actividad jurisdiccional en los que se contemplan las garantías necesarias para el uso de sistemas de IA⁶ (art. 6.3 Instrucción 2/2026). En el apartado VI de la Instrucción se indica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional incumbe

¹ Véase, MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y Justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 20, 2018, pp. 87-130; MARTÍN RÍOS, B., *Inteligencia artificial y Derecho* (MARTÍN OSTOS, J., dir.). Astigi, 2024.

² MIRÓ LLINARES, F., *op. cit.*, p. 97.

³ *Ibidem*, p. 97.

⁴ *Ibidem*, p. 97.

⁵ BOE 30 enero 2026, nº 27.

⁶ En concreto, los ámbitos que se contemplan son:

- Búsqueda y localización de información jurídica, incluida la identificación de normativa, jurisprudencia y doctrina relevante, así como la recuperación de antecedentes procesales o documentales.

a cada juez o jueza a título particular, siendo manifestación de un proceso intelectual y volitivo para la verificación de los hechos objeto del proceso y la subsunción de los hechos en la correspondiente norma jurídica. Con las garantías necesarias, esta Instrucción aborda la utilización de la IA por los jueces y juezas, como auxilio a la función que tienen encomendada⁷.

Ahora bien, el objetivo que nos fijamos en nuestra investigación se relaciona con la IAP. Por lo tanto, en negativo, fijamos la primera coordenada sobre el alcance de nuestra investigación: no vamos a estudiar aspectos relacionados con la IAJ⁸.

Nuestro objetivo es prestar atención a la utilidad de la IA para la investigación policial de la delincuencia. Y en el marco de esta, el uso de la IA para la identificación de personas en el seno de una investigación de hechos presuntamente delictivos.

Así, con carácter general, al amparo del artículo 282 Lecrim, la policía judicial tiene el deber de “averiguar los delitos públicos que se cometieran en su territorio demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes (...)”.

-
- Análisis, clasificación y estructuración de información, documentos o datos contenidos en actuaciones judiciales, con fines de organización, comprensión o apoyo al estudio del asunto.
 - Elaboración de esquemas, resúmenes o borradores de trabajo interno, siempre que no tengan carácter decisorio ni sustituyan la redacción personal de resoluciones judiciales.
 - Apoyo a tareas organizativas o auxiliares, relacionadas con la gestión del conocimiento jurídico o con la preparación del trabajo jurisdiccional.

⁷ Destacamos al respecto las siguientes palabras: “La atribución de la potestad jurisdiccional al Poder Judicial supone que corresponde a cada Juez o Tribunal verificar la realidad de los hechos que configuran el objeto del proceso, así como subsumir los hechos en las normas, seleccionando e interpretando el Derecho de aplicación al caso, y emitir los oportunos pronunciamientos resolviendo, conforme a la ley, la controversia existente entre las partes, cuidándose, en su caso, de la ejecución del fallo. Todas estas operaciones deben realizarlas los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, desplegando las correspondientes capacidades intelectivas y volitivas que conforman el núcleo de la función de juzgar. El uso de sistemas y herramientas de IA constituye una ayuda o apoyo al ejercicio de la función jurisdiccional que debe atenerse a una serie de pautas y criterios que aseguren su adecuación a los principios que configuran la potestad jurisdiccional y el justo proceso”.

⁸ Sobre aspectos relativos a la IAJ en el proceso penal, VELASCO NÚÑEZ, E., “Inteligencia Artificial y prueba pericial”. Diario La Ley, nº 95, sección ciberderecho, 23 mayo 2025 (LA LEY 8167/2025), en el ámbito del Derecho penal, VELASCO NÚÑEZ, E.; ALONSO CEBRIÁN, J. M., “Delitos por/con inteligencia artificial: presente y futuro”. Diario La Ley, nº 82, sección ciberderecho, 5 abril 2024 (LA LEY 14819/2024).

A su vez, el artículo 11 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en sus letras *g)* y *h)* encomienda a la policía la función de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes, así como captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

En el marco de la prevención y persecución policial de los delitos son clave las diligencias de grabación o captación de imágenes en espacios públicos con el objeto de identificar posibles responsables o víctimas. Así, la LO 4/1997, de 4 de agosto, regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos. En su artículo 1, párr. 1 dispone que “la presente Ley regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública”.

Por otro lado, y siguiendo con la exposición normativa, es preciso tener presente la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Su artículo 5 *h)* define los datos biométricos como “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o de conducta de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.

El artículo 13 regula el tratamiento de “datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física” cuando se encuentre previsto en una norma con rango de ley o por el Derecho de la UE y resulte necesario para proteger los intereses vitales, así como los derechos y libertades fundamentales del interesado o de otra persona física. Pues bien, desde nuestro punto de vista, este artículo da cobertura a la eventual utilización de datos biométricos, supeditado a desarrollo normativo. Consideramos que es el presupuesto para el eventual uso de sistemas de IA para la identificación de personas. Ahora bien, si se tratara de su utilización con

finde de aplicación de la norma penal, creemos que la regulación que necesariamente debe fijar el alcance de las garantías y la correspondiente ponderación judicial debe ser la ley procesal penal por excelencia: la Lecrim⁹.

Por otro lado, el artículo 14.1 dispone que “están prohibidas las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos negativos para el interesado o que le afecten significativamente, salvo que se autorice expresamente por una norma con rango de ley o por el Derecho de la Unión Europea. La norma habilitante del tratamiento deberá establecer las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado, incluyendo el derecho a obtener la intervención humana en el proceso de revisión de la decisión adoptada”. En definitiva, como puede apreciarse, esta LO fija un marco normativo que, desde nuestro punto de vista, requiere de concreción y desarrollo en la ley correspondiente.

Destacamos que el apartado 1 del artículo 15 dispone que no se consideran intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la utilización por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad de los sistemas de grabación de imágenes y sonido ya sea con la instalación de sistemas fijos (art. 16) o mediante dispositivos móviles (art. 17).

Para la instalación de estos sistemas debe tenerse en cuenta, necesariamente, el principio de proporcionalidad y hacerse con base a los criterios que se enumeran en el artículo 5.2: asegurar la protección de los edificios e instalaciones propias; asegurar la protección de edificios e instalaciones públicas y de sus accesos que estén bajo custodia; salvaguardar y proteger las instalaciones útiles para la seguridad nacional y prevenir, detectar o investigar la comisión de infracciones penales y la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Llegados a este punto, puede sostenerse que son muchas las cuestiones que desde una perspectiva procesal puede suscitar la captación policial de imágenes con fines de investigación. Sin embargo, nuestro objetivo es analizar la eventual captación de imágenes para identificar responsables criminales o víctimas, recurriendo a sistemas de IA. En este caso, la identificación biométrica puede hacerse de dos maneras: en diferido o en tiempo real.

⁹ Véase la diferente interpretación que realiza ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., “El uso de sistemas de Inteligencia Artificial (IA) de identificación biométrica en espacios públicos en la Ley Europea de IA”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 21, 2024.pp. 561-562.

La identificación biométrica en diferido ya se utiliza. El sistema automático de identificación biométrico (ABIS), es una base de datos en la que se incluyen huellas dactilares e imágenes faciales que son recogidas en los lugares de comisión de hechos delictivos. Más en concreto, con la misma se persigue “buscar, identificar, editar y almacenar imágenes de reseñas decadactilares, huellas dactilares anónimas o latentes, reseñas palmares, huellas palmares anónimas o latentes palmares, marcas de las falanges de los dedos y marcas de escritor¹⁰”.

A su vez, somos conscientes de que la jurisprudencia valida la identificación de personas acusadas a través de fuentes de prueba audiovisual. De hecho, se admite como prueba la identificación realizada por funcionarios de la policía a partir de imágenes obtenidas de las cámaras de seguridad de establecimientos o instaladas en la vía pública¹¹. En la extracción de ese material conforme a un proceso técnico y para una mejor investigación criminal, consideramos que nada impide que pueda hacerse uso de la IAP y tenga valor como prueba pericial en el juicio oral.

Como puede verse, la prevención, detección o investigación de delitos puede justificar la instalación de este tipo de dispositivos¹², para, en diferido, proceder a la identificación. De hecho, la regulación UE a que nos referimos en páginas sucesivas no la considera práctica prohibida.

¹⁰ <https://fondoseuropeosparaseguridad.interior.gob.es/es/detalle/proyecto/SISTEMA-AUTOMATICO-DE-IDENTIFICACION-DACTILAR-SAID-ABIS/#:~:text=El%20Sistema%20Autom%C3%A1tico%20de%20Identificaci%C3%B3n,los%20escenarios%20de%20los%20delitos> (fecha consulta: 05/03/2026).

¹¹ Sobre cuestiones relacionadas con la identificación del acusado y visionado de cámaras, puede verse, STS 320/2026, 29 enero (Sala segunda, de lo Penal), ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (CENDOJ ECLI:ES:TS:2026:320); STS 54/2024, 18 enero (Sala segunda, de lo Penal), ponente Excmo. Sra. Susana Polo García (BDAW JUR\2024\31567); STS 316/2024, 16 abril, (Sala segunda, de lo Penal), ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde (BDAW JUR\2024\125689); STS 1085/2024, 27 noviembre (Sala segunda, de lo Penal), ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet (BDAW JUR\4224\2022; STS 107/2023, 16 febrero (Sala Segunda, de lo Penal), ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet (BDAW RJ\2023\1442); STS 649/2019, 20 diciembre, (Sala Segunda, de lo Penal, ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet (LA LEY 270019/2019).

¹² Véase el estudio de VELASCO NÚÑEZ, E., “Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal”. Diario La Ley, nº 8595, sección doctrina, 1 septiembre 2015 (LA LEY 5062/2015).

Por este motivo, creemos que debemos dejar fuera de nuestro trabajo la eventual utilización en diferido de los sistemas de IAP¹³. En este punto, el artículo 15 la LO 7/2021, de acuerdo con la regulación europea, permite sostener que es posible su uso.

Donde encontramos más dificultades de encaje e interpretación normativa es cuando el sistema IA se utiliza en tiempo real. En este supuesto, la regulación europea es muy restrictiva, y queremos dedicar nuestro trabajo a la delimitación de su alcance, y de las eventuales excepciones que pueda haber.

Es cierto que el recurso a la IA puede servir para dar una respuesta más adecuada por parte de los órganos del Estado en los casos de persecución de delitos en los que la delimitación subjetiva, en lo que se refiere a los responsables o a las víctimas, presente complejidad¹⁴. De hecho, el artículo 299 Lecrim dispone que entre las finalidades de la fase preparatoria del proceso penal está la identificación de la persona con responsabilidad criminal

¹³ Destacamos el trabajo de RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre los reconocimientos en rueda y su confrontación frente a las nuevas realidades tecnológicas de los reconocimientos fotográficos o análisis de grabaciones de imágenes”. *Diario La Ley*, nº 10108, sección tribuna, 12 julio 2022 (LA LEY 6534/2022), en el que se plantea cómo bajo la diligencia de “reconocimiento en rueda” de la Lecrim puede incluirse la recogida de información a través de redes sociales, así como, entre otros aspectos, “las nuevas técnicas del análisis comparativo de imágenes captadas por cámaras de seguridad o particulares y su contraste con archivos visuales a disposición de la Policía Judicial o el empleo de herramientas de reconocimiento facial mediante técnicas de inteligencia artificial”.

No obstante, asumimos el planteamiento realizado por MAGRO SERVET, V., “Las técnicas de identificación facial por la seguridad privada y su necesidad de cobertura legal según la AEPD”. *Diario La Ley*, nº 10053, Sección Doctrina, 21 de abril de 2022 (LA LEY 3898/2022), al diferenciar entre “reconocimiento” e “identificación” facial. A este segundo aspecto es al que prestamos atención en nuestra investigación; DOLZ LAGO, M. J., “Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial”. *Diario La Ley*, nº 10096, sección doctrina, 23 junio 2022 (LA LEY 6033/2022).

¹⁴ En general, y por su interés, ORTIZ PRADILLO, J. C., “Big data y metadata en la investigación policial del delito y en el proceso penal”. *Direito e Justiça: Estudos contemporâneos*, nº 15, 2022, pp. 85-104; ORTIZ PRADILLO, J.C., “Inteligencia artificial, big data, tecnovigilancia y derechos fundamentales en el proceso penal”. *El Derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial* (VILLEGAS DELGADO, C.; MARTÍN RÍOS, P., ed lit., 2022, pp. 103-127; ORTIZ PRADILLO, J. C.; AGOSTINO, L., “Estudio comparativo entre España e Italia de las vigilancias policiales y modos de localización de sospechosos mediante el uso de medios electrónicos”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal*, nº 12, 2025, pp. 9-55.

y de las víctimas. Y para dar cumplimiento a estas exigencias, el artículo 588 quinquies a) Lecrim regula la diligencia de investigación tecnológica consistente en la captación de imágenes en lugares o espacios públicos.

En este contexto, queremos verificar en qué medida esta disposición normativa podría ofrecer cobertura al uso de sistemas de IA para la identificación de personas con ocasión de la instrucción criminal cuando la IA se utiliza en tiempo real en espacios públicos, ya que es preciso equilibrar la obligación del Estado de evitar la impunidad de delitos cuya investigación desde la perspectiva subjetiva resulta compleja, y el derecho de las personas a vivir y ejercer sus derechos sin la sensación de que constantemente están siendo vigilados¹⁵. Al respecto, somos conscientes de que la jurisprudencia también ha admitido el uso de videgrabaciones policiales con fundamento en los artículos 282 Lecrim y 11 LO 2/1986 a que nos hemos referido más arriba. Sin embargo, dos razones en particular nos llevan a prestar atención al artículo 588 quinquies a) Lecrim.

Por un lado, una razón de carácter práctico, dado el ámbito limitado del espacio para el tratamiento de la investigación¹⁶. En segundo lugar, en la medida en que existe una disposición normativa que regula en concreto la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, consideramos que esta regulación especial debe prevalecer, a efectos de interpretación, sobre las normas generales que regulan la finalidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad de prevenir e investigar los hechos presuntamente delictivos, o en su caso, el uso en general de sistemas de biometría.

A su vez, consideramos que el artículo 588 quinquies a) Lecrim, en cuanto norma más específica, sirve para contextualizar la LO 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos. Sin embargo, los aspectos procedimentales propiamente dichos para la eventual obtención de fuentes de prueba y su posterior introducción en un proceso penal, debe ser objeto de análisis desde la perspectiva que ofrece la Lecrim.

Teniendo presentes estas consideraciones, nuestro estudio se realiza teniendo presente el marco fijado por la legislación europea en materia de IA en la que se aborda el uso de sistemas de identificación biométrica en tiempo real fijando coordenadas y garantías que en las páginas siguien-

¹⁵ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., op. cit., pp. 530-533 realiza una exposición acerca de los diferentes ámbitos de los derechos de las personas que pueden verse afectados.

¹⁶ Vid. punto 4: “normas de publicación” de la Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas.

tes identificamos y sistematizamos. Para ello, dedicamos el apartado II de nuestra investigación, identificando los parámetros fijados en la legislación europea para que el uso de la IA en IAP en “tiempo real” sea útil en la instrucción criminal de delitos. En definitiva, el primer objetivo que nos fijamos es dar respuesta a la siguiente pregunta investigativa: ¿En qué condiciones se autorizan sistemas de identificación biométrica en tiempo real para la investigación de causas criminales en el marco de la legislación europea?

Sentadas estas bases estaremos en condiciones de abordar, en el apartado III, si las diligencias de investigación tecnológica de la Lecrim pueden dar cobertura a las exigencias derivadas de la legislación europea en materia de IA. Así, pretendemos responder a la siguiente pregunta investigativa: ¿Se puede utilizar la IAP con sistemas de identificación biométrica en tiempo real al amparo del artículo 588 quinquies a) Lecrim?

II. BIOMETRÍA EN TIEMPO REAL, INSTRUCCIÓN CRIMINAL Y REGULACIÓN UE

1. MARCO NORMATIVO: REGLAMENTO UE 2024/1689, 13 JUNIO

En el seno de la UE se ha aprobado el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024, del Parlamento europeo y del Consejo, denominado Reglamento de Inteligencia Artificial¹⁷. Se trata de una regulación normativa pionera en la materia a nivel mundial.

¹⁷ Sobre el mismo, BLANES JOVER, J., “El concepto de inteligencia artificial en el Reglamento de la Unión Europea”, *Derecho y entornos digitales* (SÁNCHEZ FRÍAS, I.; VILLEGAS ALMAGRO, Y., dirs.), 2025, pp. 31 a 48; GAGO FERNÁNDEZ, A., “El Reglamento Europeo sobre Inteligencia artificial”, *Fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho a través de la inteligencia artificial* (BUSTOS GISBERT, R.; GARCÍA ROCA, F. J., coords.), 2025, pp. 73 a 92; JIMÉNEZ LÓPEZ, J., “El Reglamento de inteligencia artificial y el Reglamento general de protección de datos”, *Tratado sobre reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea* (COTINO HUESO, L.; SIMÓN CASTELLANO, P., dirs.), 2024, pp. 149 a 180; PLAZA PENADÉS, J., “Principales aspectos del Reglamento UE de Inteligencia Artificial”. *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 66, 2024; SERRANO PÉREZ, M. M., “Introducción al Reglamento de inteligencia artificial”, *El Reglamento europeo de inteligencia artificial: un análisis crítico y multidisciplinar* (BASTERRECHE BENGOA, T.; EGEA DE HARO, A.; SERRANO PÉREZ, M., dirs.), 2025, pp. 35 a 75; VILLALOBOS PORTALES, J., “Concepto jurídico de inteligencia artificial en el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea”, *El Derecho de la competencia ante las plataformas digitales* (PASTRANA ESPÁRRAGA, M.; OLMEDO PERALTA, E., dirs.), 2025, pp. 247 a 284.

En el RIA se establecen normas armonizadoras y se modifican los Reglamentos (CE) número 300/2008, (UE), número 167/2013, (UE), número 168/2013, (UE), 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828¹⁸.

Como ya hemos indicado en la introducción, el primer objetivo que nos marcamos en nuestra investigación es identificar el marco normativo con el que se ha establecido una regulación común en el seno de la UE en una cuestión tan sensible como la IA. En concreto, dicho instrumento es un Reglamento, y, por lo tanto, no requiere desarrollo normativo nacional para que pueda ser aplicado. Sin embargo, vamos a poner de manifiesto que, en ocasiones, el RIA exige en algunos aspectos desarrollo normativo interno. Por este motivo, brevemente y con carácter introductorio, haremos referencia al sistema de fuentes en la UE, y sobre todo, al régimen de aplicabilidad del RIA.

A continuación, procedemos a perfilar conceptualmente qué se entiende por sistemas de IA o sistemas de identificación biométrica en tiempo real. Estas precisiones son claves para poder concretar el alcance de nuestra investigación.

Una vez que hayamos cumplido con ese objetivo, fijamos las coordenadas derivadas del RIA que permiten su uso en la instrucción criminal y con qué finalidades. Al respecto, basta tener presente que dicho Reglamento está integrado por un total de ciento ochenta considerandos, ciento trece artículos, y XIII anexos. Nuestro interés investigador se centra en un aspecto muy concreto. En particular, la utilización de sistemas de biometría

¹⁸ Existen trabajos prelegislativos que ayudan a entender e interpretar las exigencias que se derivan del RIA. En concreto, prelegislativos que ayudarían a interpretar las exigencias del RIA. Por ej., los trabajos del Comité Europeo de Problemas Criminales (CDPC) y su “Estudio de viabilidad sobre un futuro instrumento del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial y derecho penal (2020)”, el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho (CETS No. 225) de 2024, la Recomendación 2187 (2020); Justicia mediante algoritmos: el papel de la inteligencia artificial en los sistemas policiales y de justicia penal y la Resolución 2342 (2020) Justicia mediante algoritmos: el papel de la inteligencia artificial en los sistemas policiales y de justicia penal, y los trabajos del GRUPO DEL ART. 29 Dictamen 3/2012, sobre evolución de las tecnologías biométricas y los posteriores trabajos de la EDPB (*European Data Protection Board*) Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo y Directrices 5/2022 sobre el uso de la tecnología de reconocimiento facial en el ámbito de la aplicación de la ley.

para la identificación de personas¹⁹, proyectado al ámbito criminal²⁰. Así, queremos verificar hasta qué punto pueden utilizarse sistemas biométricos remotos en tiempo real para la identificación de víctimas o responsables criminales²¹. Obviamente este análisis nos obliga a identificar los

¹⁹ En general, sobre la identificación biométrica, CALDERA SERRANO, J.; ZAPICO ALONSO, F., “Identificación facial biométrica”. *El profesional de la información*, vol. 18, n° 4, 2009, pp. 427 a 432; DÍAZ, J., “Equívocos en la identificación y autenticación biométrica”. *I+S. revista de la sociedad española de informática y salud*, n° 147, 2021, p. 72; PALAZÓN, J.; DE MIGUEL, R.; “Identificación biométrica. Cuando la contraseña es el propio cuerpo”. *Estratos*, n° 110, 2015, pp. 58 a 61; SÁNCHEZ REILLO, R.; GONZÁLEZ MARCOS, A.; SÁNCHEZ ÁVILA, C., “Identificación biométrica mediante mano e iris”. *Criptología y seguridad de la información. Actas de la VI reunión española sobre criptología y seguridad de la información: VI RECSI, Tenerife, Islas Canarias, 14-16 de septiembre de 2000* (CABALLERO GIL, P.; HERNÁNDEZ GOYA, C., coords.), 2000, pp. 201 a 212.

²⁰ Puede verse al respecto, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Cuestiones jurídico-penales abiertas tras la entrada en vigor del Reglamento de Inteligencia Artificial”, *Derecho penal y garantías constitucionales* (BARTOLI, R.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., dirs.), 2025, pp. 337 a 353; MIRÓ LLINARES, F., SANTIESTEBAN GALARZA, M., “La regulación de los sistemas policiales predictivos en el Reglamento Inteligencia Artificial”, *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial en la Unión Europea* (COTINO HUESO, L.; SIMÓN CASTELLANO, P., dirs.), 2024, pp. 315 a 336; NOYA FERREIRO, L., “El reglamento europeo de inteligencia artificial y su repercusión en la investigación penal”, *La inteligencia artificial y su aplicación en el sistema de justicia penal* (NOYA FERREIRO, M. L.; CATALINA BENAVENTE, M. A., dirs.), 2025, pp. 69 a 119.

²¹ Obviamente, con esta delimitación que realizamos, dejamos fuera de nuestro estudio otros supuestos en los que se pueda utilizar la IA en el ámbito de la Justicia. En general, sobre estas cuestiones, BARONA VILAR, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justicia*. Tirant lo Blanch, España, 2021; CALAZA LÓPEZ, S.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., dirs. *Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia*. Aranzadi, España, 2022; CASTILLEJO MANZANARES, R., “Inteligencia artificial, justicia y mujer”, *Tutela colectiva de derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible (integración, Jurisdicción e igualdad)*, CUGARELLA GALIANA, L. A. coord., Dykinson, España, 2023, pp. 15 a 32; GÓMEZ COLOMER, J.L., *El juez-robot (la independencia judicial en peligro)*. Tirant lo Blanch, España, 2023; MAGRO SERVET, V., “La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia”. *Diario La Ley*, n° 9268, 2018; MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Justicia e inteligencia artificial sin género”, *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*. BARONA VILAR, S. (ed. lit.), España, 2021: 209-227; MARTÍN DIZ, F., “Justicia predictiva, inteligencia artificial y algoritmos aplicados al proceso judicial en materia probatoria”, *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal* (dir.) España, 2022, pp. 131 a 154; NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia Artificial y Justicia. ¿Perderemos el control? *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, n° 9, 2024, pp. 69 a 84; VALIÑO CES, A., “Análisis de la aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia”, *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas*

delitos para los que se permite, excepcionalmente, su utilización y con las garantías pertinentes para evitar la exclusión de la fuente probatoria²² por violación de derechos fundamentales²³.

tecnologías y protección de datos. PESQUEIRA ZAMORA, M. J., coord.; PEREIRA PUI-GCERRET, S.; ORDÓÑEZ PONZ, dirs.; DEL MORAL GARCÍA, España, 2021, pp. 425 a 444.

Un ámbito en el que resulta muy interesante el uso de la IA es en el de la Justicia Constitucional. En relación con el ámbito constitucional, FRANCO ZAMORA, P. E., “Justicia algorítmica y predictibilidad constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, nº 4, 2023 (ejemplar dedicado a Derecho constitucional y derechos humanos).

En concreto, sobre identificación biométrica e IA, COTINO HUESO, L.; “Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos”. *Derecho público de la inteligencia artificial* (BALAGUER CASTEJÓN, F.; COTINO HUESO, L.; coords.), 2023, pp. 347 a 402; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, pp. 528 a 565; LÓPEZ SÁNCHEZ, D.; CHAMOSOS SANTOS, P.; GONZÁLEZ BRIONES, A., LÓPEZ BARRIUSO, A.; “Inteligencia artificial para la identificación biométrica basada en la queiloscopia”. *Hacia una Justicia 2.0. actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (MUNIVE CORTÉS, E. Y.; GONZÁLEZ PULIDO, I.; MUÑOZ SÁNCHEZ, L.; BUENO DE MATA, F., coords.), vol. 1, 2016, pp. 323 a 337; LUCENA PÉREZ, M., “El reconocimiento mediante biometrías en el nuevo reglamento de Inteligencia Artificial”, *Vigilancia biométrica masiva, Inteligencia Artificial y derechos fundamentales* (BALAGUER CALLEJÓN, F.; ESCAJEDO SAN EPITAFIO, L., dirs.), 2025; MEDINA MARTÍN, E., “La inteligencia artificial y su encuadre como medio de prueba”. *La criminalista digital. Papeles de Criminología*, nº 12, 2024, pp. 33 a 41; MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Los datos biométricos y las emociones en el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial: un enfoque laboral”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 161, 2025, pp. 21 a 44; RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., “Los sistemas biométricos en el Reglamento de Inteligencia Artificial”, en *Biometría, derecho administrativo y datos* (RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.; ALENZA GARCÍA, J. F., coords.), 2025, pp. 127 a 166; SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Los datos biométricos en el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial”, en *Claves del reglamento europeo de inteligencia artificial: análisis y comentarios* (SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., dir.), 2025, pp. 265 a 305.

- ²² En general, sobre la prueba prohibida, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal”. *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, ARIZA COLMENAREJO, M. J., SANJURJO RÍOS, E. I., coords., GONZÁLEZ GRANDA, P., dir., 2020, pp. 105 a 140; ASECIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium, España, pp. 365 a 438; DAMIÁN MORENO, J., “Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida”. *Poder Judicial*, nº 16, 1989, pp. 151 a 158; FUENTES SORIANO, O., “La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías”. *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra, Liber amicorum*. ASECIO MELLADO, J. M., ROSELL CORBELLE, A., coords, 2020, pp. 715 a 744; GÓMEZ COLOMER, J. L., PLANCHADELL GARGALLO, A., “Prueba prohibida”, *La prueba*, (ROMERO PRADAS, M. I., coord., GONZÁLEZ CANO,

2. ENTRADA EN VIGOR Y APLICABILIDAD

De conformidad con lo regulado en el artículo 288 TFUE son vinculantes, los reglamentos, directivas y decisiones. Estas últimas, a diferencia de las dos anteriores, pueden tener un carácter general o designar Estados en concreto que resultan obligados (art. 288, párrafo 4 TFUE). Como es sabido, el Reglamento tiene un alcance general, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288, párrafo 2 TFUE).

De acuerdo con este sistema de fuentes, el artículo 113 RIA dispone que “el presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 2 de agosto de 2026”.

No obstante, es preciso tener presente, el sistema escalonado temporal previsto para la aplicación de los diferentes capítulos:

- a) Los capítulos I y II son aplicables a partir del 2 de febrero de 2025.
- b) El capítulo III, sección 4, el capítulo V, el capítulo VII y el capítulo XII y el artículo 78 serán aplicables a partir del 2 de agosto de 2025, a excepción del artículo 101
- c) El artículo 6, apartado 1, y las obligaciones correspondientes serán aplicables a partir del 2 de agosto de 2027.

El último párrafo del artículo 113 acaba disponiendo que “el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado”.

Los aspectos relacionados con el uso de sistemas de identificación biométrica se regulan en el artículo 5, capítulo II. Por lo tanto, de acuerdo con las indicaciones previas, este capítulo es aplicable en España desde el 2 de febrero de 2025. No obstante, es preciso tener presente que hay aspectos

M. I., dir.), vol. 2, 2017, pp. 365 a 438; LÓPEZ BARAJAS, I., “La eficacia refleja de la prueba prohibida”. *Revista General de Derecho Procesal*, nº 19, 2009; MUÑOZ CONDE, F., “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”. *Revista penal*, nº 14, 2004, pp. 96 a 123; PÉREZ CRUZ MARTÍN, A., “La prueba y la presunción de inocencia en el código orgánico integral penal”. Ecuador, 2016; RUIZ LEGAZPI, A., “Prueba prohibida y Constitución”. *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, RUBIO LLORENTE, F., JIMÉNEZ CAMPO, J., SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J., BIGLINO CAMPOS, M. P., GÓMEZ MONTORO, A., 2016, pp. 811 a 830.

²³ Véase, FREIXES SANJUÁN, T., “Derechos fundamentales y Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial”. *Derecho Digital e innovación digital*, núm. 24 (abril-junio), 2025.

regulados en dicho artículo que requieren de desarrollo normativo interno para ser aplicables. Así ocurre con las excepciones a la prohibición de uso de sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real para la investigación de causas criminales que ocupa nuestra investigación (art. 5.5 RIA²⁴).

Queremos subrayar que el hecho de que el artículo 5 esté en vigor y sea aplicable significa que el uso de la IA con sistemas de identificación biométrica en tiempo “real” es práctica prohibida. Es norma que integra el ordenamiento jurídico español que en nada afecta a su uso en diferido, por lo que como hemos indicado *supra*, esta cuestión la hemos dejado fuera de nuestra investigación.

3. PRECISIONES CONCEPTUALES

A los efectos de poder comprender adecuadamente el alcance de nuestra investigación, es importante realizar una serie de precisiones conceptuales con carácter básico, teniendo presente que nuestro objetivo no es fijar una teoría general sobre la IA sino ahondar en las exigencias para que la IAP sirva para una mejor persecución de delitos que presentan complejidad en su delimitación subjetiva (sujeto activo y/o víctima).

El artículo 3 RIA contiene una larga lista de conceptos que procede a definir. De los mismos, destacamos la definición de “sistema de IA” realizada en el número 1. En concreto, se indica que es “un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que,

²⁴ En concreto, dispone: “Los Estados miembros podrán decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho dentro de los límites y en las condiciones que se indican en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y los apartados 2 y 3. Los Estados miembros de que se trate deberán establecer en sus respectivos Derechos nacionales las normas detalladas necesarias aplicables a la solicitud, la concesión y el ejercicio de las autorizaciones a que se refiere el apartado 3, así como a la supervisión y la presentación de informes relacionadas con estas. Dichas normas especificarán también para qué objetivos de los enumerados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y en su caso en relación con qué delitos de los indicados en la letra h), inciso iii), se podrá autorizar a las autoridades competentes para que utilicen esos sistemas con fines de garantía del cumplimiento del Derecho. Los Estados miembros notificarán dichas normas a la Comisión a más tardar treinta días después de su adopción. Los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota”.

para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”.

En relación con el tema que nos ocupa, queremos referirnos a la definición que se contiene en el número 35 sobre qué se entiende por “identificación biométrica”. En concreto, dispone que es “el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos”.

A tales efectos, se entiende por datos biométricos, los “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos²⁵” (art. 3, 34) RIA).

En relación con los sistemas de identificación biométrica, el RIA distingue dos categorías: en diferido y en tiempo real.

Se entiende por sistema de identificación biométrica remota en diferido “cualquier sistema de identificación biométrica remota que no sea un sistema de identificación biométrica en tiempo real” (art. 3, 43) RIA). Como puede apreciarse, la definición se hace en negativo. Por este motivo, acudimos al número 42 del artículo 3 RIA a los efectos de poder concretar qué se entiende por identificación biométrica remota en tiempo real, para poder así, perfilar también cuándo es en diferido.

En concreto, se entiende como sistema en tiempo real cuando “la recogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa”. Se añade, además, que engloba no solo “la identificación instantánea, sino también, a fin de evitar la elusión, demoras mínimas limitadas”.

Esta definición puede completarse con las precisiones que se hacen en el considerando 17 del RIA. En concreto, la identificación biométrica remota consiste en un sistema de IA que se destina a identificar a personas físicas sin que éstas participen activamente. Normalmente este sistema de identificación se utiliza a distancia y consiste en comparar sus datos biométricos con los que figuran en bases de datos²⁶.

²⁵ Para una mayor profundización, ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, pp. 534-543.

²⁶ *Ibidem*, pp. 543-546.

Si algo caracteriza estos sistemas de identificación remota es que permiten detectar personas o identificar su comportamiento, simplificando considerablemente el proceso y sin contar con su participación.

En el caso de que se trate de un sistema en tiempo real “la recogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen de manera instantánea, casi instantánea o, en cualquier caso, sin una importante demora”.

Los sistemas “en tiempo real” deben implicar el uso de materiales «en directo» o «casi en directo», como grabaciones de vídeo, generados por una cámara u otro dispositivo con funciones similares. En cambio, en los sistemas «en diferido» ya se han recabado los datos biométricos y la comparación e identificación se producen con una importante demora. A tal fin se utilizan materiales, como imágenes o grabaciones de vídeo captadas por cámaras de televisión en circuito cerrado o dispositivos privados, generados con anterioridad a la utilización del sistema en relación con las personas físicas afectadas²⁷ (considerando 17).

Estas precisiones terminológicas las completamos con la concreción de qué se entiende como “espacio de acceso público” que se hace en el artículo 3, 44 RIA²⁸. En concreto, se trata de “cualquier lugar físico, de propiedad privada o pública, al que pueda acceder un número indeterminado de personas físicas, con independencia de que deban cumplirse determinadas condiciones de acceso y con independencia de las posibles restricciones de capacidad”.

4. LÍNEAS GENERALES DEL RIA: IMPACTO EN EL PROCESO PENAL

Son varias las líneas generales que se derivan de los considerandos del RIA. No obstante, queremos destacar tres que sirven para contextualizar nuestra investigación en relación con el uso de los sistemas de identificación biométrica en tiempo real en la instrucción de causas criminales.

4.1. Fijación de un marco jurídico uniforme

²⁷ En relación con el sistema en diferido, RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “Reconocimiento facial: equilibrio entre la eficiencia tecnológica y la tutela de derechos”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 43 (2025), p. 203, afirma que “este programa —en principio— no conlleva riesgos de una vigilancia masiva, ya que su uso es post-delictual; de ahí que sea menos intrusivo que su empleo como método de vigilancia en espacios públicos”.

²⁸ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, pp. 546-549.

En la línea de los objetivos que tiene fijados la UE, el RIA pretende contribuir a mejorar el funcionamiento del mercado interior. Para ello, se fija un marco jurídico uniforme que permita una mejor introducción en el mercado y la puesta en servicio de los sistemas de IA (considerando 1).

Obviamente, para alcanzar ese objetivo, se debe garantizar “un nivel elevado y coherente de protección en toda la Unión para lograr una IA fiable, así como evitar las divergencias que obstaculizan la libre circulación, la innovación, el despliegue y la adopción en el mercado interior de los sistemas de IA” (considerando 3).

La IA puede contribuir a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales. En este sentido, en el considerando 4 se indica:

“La IA es un conjunto de tecnologías en rápida evolución que contribuye a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales. El uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y facilitar la obtención de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, la seguridad alimentaria, la educación y la formación, los medios de comunicación, el deporte, la cultura, la gestión de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la justicia, la eficiencia de los recursos y la energía, el seguimiento ambiental, la conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas, y la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, entre otros, al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos, y personalizar las soluciones digitales que se encuentran a disposición de la población y las organizaciones”.

4.2. Evitación de riesgos y menoscabos a los derechos fundamentales

Un segundo aspecto que merece destacar es la constante preocupación por el respeto a los derechos fundamentales y la voluntad de no generar menoscabo en los mismos como consecuencia del uso de la IA.

En este sentido, no es ninguna casualidad que en el primero de los considerandos se indique que la regulación de la IA esta “centrada en el ser humano”, pretendiendo garantizar “un elevado nivel de protección de (...) los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Referencias de nuevo a estos derechos encontramos en el considerando 3 al indicar que las regulaciones nacionales sobre IA se desarrollen o utilicen “de conformidad con las obligaciones relativas a los derechos fundamentales”.

En el considerando 5 claramente se subraya que el uso de la IA puede generar riesgos para los derechos fundamentales. En este sentido, se afirma:

“Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias relativas a su aplicación, utilización y nivel de desarrollo tecnológico concretos, la IA puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos y los derechos fundamentales que protege el Derecho de la Unión. Dicho menoscabo puede ser tangible o intangible e incluye los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos”.

Y por todo ello, se indica que unos de los objetivos principales perseguidos con el RIA es la fijación de un marco normativo armonizado que evite el menoscabo a valores tan relevantes como la salud, la democracia y los derechos de las personas. De dicho considerando destacamos las siguientes palabras:

“(…) se necesita un marco jurídico de la Unión que establezca unas normas armonizadas en materia de IA para impulsar el desarrollo, la utilización y la adopción en el mercado interior de la IA y que, al mismo tiempo, ofrezca un nivel elevado de protección de los intereses públicos, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión (...)”.

Son muchos y variados los derechos fundamentales que pueden resultar lesionados con ocasión del uso de la IA²⁹. En todo caso, son más los aspectos que podríamos destacar de los considerandos del RIA y

²⁹ Nos parece interesante la enumeración y referencia a los mismos que se hace en el considerando número 48 en el que se afirma: “La magnitud de las consecuencias adversas de un sistema de IA para los derechos fundamentales protegidos por la Carta es especialmente importante a la hora de clasificar un sistema de IA como de alto riesgo. Entre dichos derechos se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, el derecho a la no discriminación, el derecho a la educación, la protección de los consumidores, los derechos de los trabajadores, los derechos de las personas discapacitadas, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de propiedad intelectual, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, y el derecho a una buena administración. Además de esos derechos, conviene poner de relieve el hecho de que los menores poseen unos derechos específicos consagrados en el artículo 24 de la Carta y en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que se desarrollan con más detalle en la observación general n.º 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital. Ambos instrumentos exigen que se tengan en consideración las vulnerabilidades de los menores y que se les brinde la protección y la asistencia necesarias para su bienestar. Cuando se evalúe la gravedad del perjuicio que puede ocasionar un sistema de IA, también en lo que respecta a la salud y la seguridad de las personas, también se debe tener en cuenta el derecho fundamental a un nivel elevado de protección del medio ambiente consagrado en la Carta y aplicado en las políticas de la Unión”.

su preocupación por la evitación del menoscabo de los derechos de las personas.

Estas consideraciones que se hacen con carácter general se manifiestan con mayor virulencia en el caso en que se utilice la IA para la identificación de personas en tiempo real. De hecho, la práctica seguida en algunos países fuera del ámbito de la UE que han recrudescido su política de control migratorio, evidencia que la inexistencia de límites o garantías implica una afectación masiva de derechos fundamentales. En este sentido, se contextualiza la preocupación existente en la UE de que la injerencia policial o judicial en el ámbito de los derechos fundamentales que implica el uso de la IA para la identificación en tiempo real de personas³⁰, no suponga un menoscabo de los valores sobre los que asienta la Unión.

De hecho, así se subraya claramente en el considerando 32 del RIA, en donde se afirma que “invade de forma especialmente grave los derechos y las libertades de las personas afectadas, en la medida en que puede afectar a la vida privada de una gran parte de la población, provocar la sensación de estar bajo una vigilancia constante y disuadir indirectamente a los ciudadanos de ejercer su libertad de reunión y otros derechos fundamentales”.

Incluso es preciso tener presente que la existencia de imprecisiones técnicas en “los sistemas de IA destinados a la identificación biométrica remota de las personas físicas pueden dar lugar a resultados sesgados y tener efectos discriminatorios. Tales posibles resultados sesgados y efectos discriminatorios son especialmente pertinentes por lo que respecta a la edad, la etnia, la raza, el sexo o la discapacidad”.

A todos estos riesgos hay que sumar los que se derivan de “la inmediatez de las consecuencias y las escasas oportunidades para realizar comprobaciones o correcciones adicionales en relación con el uso de sistemas que operan «en tiempo real» acrecientan el riesgo que estos conlleven para los derechos y las libertades de las personas afectadas en el contexto de actividades de garantía del cumplimiento del Derecho, o afectadas por estas”.

A pie de página hemos hecho referencia a obras en las que se analiza con mayor profundidad el impacto del uso de la IA en los derechos fundamentales. Nos remitimos a las mismas, en la medida en que nuestro objetivo investigador no es concretar qué derechos de la Carta de Niza de derechos fundamentales de la UE pueden resultar afectados. La referencia a esta posi-

³⁰ Con carácter general, RIDAURA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 178-227.

ble afectación, sin embargo, la realizamos en la medida en que nos permite sentar las bases para reforzar la tesis de que la autorización de sistemas de identificación biométrica en tiempo real con fines de aplicación de la ley deba reservarse a la Jurisdicción en la medida en que pertenece al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional la eventual decisión limitante de derechos fundamentales.

No obstante, y con el objeto de completar el impacto multinivel acerca de las investigaciones policiales en la persecución de los delitos, puede tenerse presente la STEDH 21 junio 2011 (Sección 1ª), caso *Shimovolos* contra Rusia, en la que se pone de relieve la importancia de que existan “normas claras y detalladas sobre la aplicación de medidas secretas de vigilancia³¹”.

³¹ En el fundamento jurídico 68 afirma: “El Tribunal reitera a este respecto que, en el contexto especial de las medidas secretas de vigilancia, los requisitos anteriores no pueden significar que una persona deba poder prever cuándo es probable que las autoridades recurran a la vigilancia secreta para poder adaptar su conducta en consecuencia. Sin embargo, especialmente cuando una facultad conferida al ejecutivo se ejerce en secreto, los riesgos de arbitrariedad son evidentes. Por lo tanto, es esencial contar con normas claras y detalladas sobre la aplicación de medidas secretas de vigilancia, especialmente considerando que la tecnología disponible para su uso es cada vez más sofisticada. La ley debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para ofrecer a los ciudadanos una indicación adecuada de las condiciones y circunstancias en las que las autoridades están facultadas para recurrir a cualquier medida de vigilancia secreta y recopilación de datos. Además, debido a la falta de escrutinio público y al riesgo de abuso intrínseco a cualquier sistema de vigilancia secreta, las siguientes garantías mínimas deberían establecerse en la legislación para evitar abusos: la naturaleza, el alcance y la duración de las posibles medidas, los motivos necesarios para ordenarlas, las autoridades competentes para permitir las, llevarlas a cabo y supervisarlas, y el tipo de recurso previsto por la legislación nacional (véase *Uzun*, citado anteriormente, §§ 61-63; *Asociación para la Integración Europea y los Derechos Humanos y Ekimdzhiev* contra Bulgaria, n.º 62540/00, §§ 71-77, 28 de junio de 2007, *Liberty y otros* contra el Reino Unido, n.º 58243/00, § 62, 1 de julio de 2008, y, *mutatis mutandis*, *S. y Marper* contra el Reino Unido [GC], n.º 30562/04 y n.º 30562/04). 30566/04, § 95 y 96, 4 de diciembre de 2008)”.

También puede verse la STEDH 16 octubre 2016, caso *Vukota-Bojic* contra Suiza, acerca del uso de sistemas de vigilancia secreta para perseguir el fraude en materia de seguros.

Más recientemente, y con carácter de sentencias piloto, aunque referidos a medidas de vigilancia de las comunicaciones, resulta interesante la STEDH (Sección 4.ª) 11 enero 2022, asunto *Ekimdzhiev y otros* contra Bulgaria. Este asunto trae su causa de la demanda presentada por dos ciudadanos búlgaros y por dos ONGs, la Asociación para la Integración Europea y los Derechos Humanos y la Fundación Acceso a la Información. Los demandantes alegan que la naturaleza de sus actividades les ponía en riesgo de

4.3. Identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público e instrucción criminal

4.3.1. Regla general: su uso es práctica prohibida

Por las razones expuestas, el RIA opta por establecer una prohibición, como regla, del uso de los sistemas de identificación biométrica en tiempo real³².

vigilancia secreta por parte de las autoridades, o en su caso, que, dada la regulación normativa existente, pudieran acceder a sus datos de comunicaciones. En el párrafo 372 afirma: «Se ha establecido que el mero almacenamiento de datos relacionados con la vida privada de una persona equivale a interferir con el derecho de esa persona al respeto de su “vida privada” (ver, con respecto a los datos personales relacionados con el uso de servicios de comunicaciones, Breyer c. Alemania, no. 50001/12, § 81, 30 de enero de 2020; Centrum för rättvisa, citado anteriormente, § 244, y Big Brother Watch y otros, citado supra, artículo 330). Todos los tipos de datos de comunicaciones en cuestión en el presente caso (datos de abonado, tráfico y ubicación) pueden relacionarse, solos o en combinación, con la “vida privada” de los interesados. La ley búlgara exige que todos los proveedores de servicios de comunicaciones del país conserven la totalidad de esos datos de todos los usuarios para un posible acceso posterior por parte de las autoridades (véase el párrafo 161 supra). No se ha puesto en duda que los dos demandantes individuales utilicen dichos servicios. De ello se deduce que esta retención legalmente obligatoria es en sí misma una interferencia con su derecho al respeto de su “vida privada”, independientemente de si las autoridades acceden a los datos retenidos».

También es interesante la STEDH (Sección 1.^a) 28 mayo 2024, asunto Pietrzak y Bychawska-Siniarska y otros contra Polonia. Este caso trae su causa de la demanda presentada por varias personas al amparo del artículo 8 CEDH, en relación con la legislación nacional polaca que autoriza un servicio de vigilancia secreto, consistente en un control operativo y la retención de datos de comunicaciones telefónicas, postales y electrónicas a los que las autoridades nacionales pueden acceder. Resulta interesante destacar que el TEDH les reconoce la condición de víctimas, a pesar de que no sabían a ciencia cierta si sus comunicaciones se habían monitoreado. Así, en el párrafo 139 afirma: “«Por lo tanto, considera que los demandantes pueden afirmar que son víctimas de una violación del Convenio, aunque no pueden alegar, en apoyo de sus respectivas demandas, que fueron objeto de una medida de vigilancia concreta. Por las mismas razones, considera que la mera existencia de la legislación controvertida constituye en sí misma una injerencia en el ejercicio por los interesados de los derechos derivados del artículo 8 de la Convención. En consecuencia, el Tribunal rechaza la objeción del Gobierno basada en la falta de condición de víctima de los demandantes”.

³² Al respecto, APARICIO ARAQUE, B., “Directrices de la Unión Europea sobre prácticas prohibidas de Inteligencia artificial”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 53, 2025, pp. 135 a 159; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., “Artículo 5. Prácticas de IA prohibidas”. *Comentarios al Reglamento de Inteligencia Artificial* (BARRIO ANDRÉS, M., dir.), 2024, pp. 180 a 204; RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., “Sistemas de IA prohibidos, de alto

La razón es evidente. En un Estado social, democrático y convencional de Derecho, los derechos fundamentales no pueden verse afectados, limitados o condicionados por el uso de la IA con carácter general³³. Ahora, bien, es preciso añadir que el artículo 5,1 h) RIA permite su uso en supuestos tasados. En concreto, dispone que “quedan prohibidas las siguientes prácticas de IA: (...) el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes”.

El carácter excepcional queda reforzado en la legislación europea al indicar que solamente se pueden utilizar estos sistemas de identificación biométrica en tiempo real cuando su uso “sea estrictamente necesario”.

4.3.2. Excepciones

Procedemos a continuación a concretar el alcance de las excepciones referentes a la IAP³⁴.

4.3.2.1. *Identificación y localización selectivas de víctimas o personas desaparecidas*

Este es el primer supuesto en que, de manera excepcional, se permite el uso de IA con sistema de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público. El objetivo perseguido es proceder a la “búsqueda selectiva de víctimas” concretas de secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos³⁵, así como la búsqueda de personas desaparecidas³⁶ (art. 5 h) i) RIA).

Es importante subrayar que debe tratarse de una búsqueda selectiva, por lo tanto, la excepción no da cobertura a búsquedas prospectivas.

4.3.2.2. *Prevención de amenazas*

riesgo, de limitado riesgo, o de bajo o nulo riesgo”. *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 9, nº 34, 2024, pp. 172 a 235.

³³ Al respecto, ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, pp. 549-552.

³⁴ *Ibidem*, pp. 552-555.

³⁵ Sobre las dificultades en la investigación de este delito, NOYA FERREIRO, M. L., “Investigación y prueba en la trata de seres humanos”. *Problemas actuales de la justicia penal* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., dir.; SANZ HERMIDA, Á.; ORTIZ PRADILLO, J. C., coords.). Colex, 2013, pp. 419 a 438.

³⁶ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 553.

También se contempla como excepción el uso de los sistemas para la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista³⁷.

4.3.2.3. Identificación de responsables

El tercer apartado del artículo 5 h) RIA permite el uso de la IA para localizar o identificar a “personas sospechosas de haber cometido” los delitos enumerados en el anexo II RIA. En concreto, dispone que se pueda utilizar para “la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento penales o de ejecutar una sanción penal por alguno de los delitos mencionados en el anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años”.

Si nos dirigimos al anexo citado, podemos subrayar que el número de delitos que se enumeran es mayor que los previstos en la excepción referente a la identificación de víctimas. En concreto, dichos delitos son:

- Terrorismo.
- Trata de seres humanos.
- Explotación sexual de menores y pornografía infantil.
- Tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.
- Homicidio voluntario, agresión con lesiones graves.
- Tráfico ilícito de órganos o tejidos humanos.
- Tráfico ilícito de materiales nucleares o radiactivos.
- Secuestro, detención ilegal o toma de rehenes.
- Delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional.
- Secuestro de aeronaves o buques.
- Violación.
- Delitos contra el medio ambiente.

³⁷ Como indica ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p.p. 553-554, la naturaleza de la amenaza “-específica, importante, inminente, real, actual o previsible, por lo tanto, de cierta entidad y gravedad, y con proximidad temporal, lo que reduce razonablemente la duración cronológica en el uso de los sistemas de identificación biométrica (...)”.

- Robo organizado o a mano armada.
- Sabotaje.
- Participación en una organización delictiva implicada en uno o varios de los delitos enumerados en esta lista.

4.3.3. Garantías

Seguimos la sistematización de las garantías realizada por ETXBERRÍA GURIDI³⁸, distinguiendo entre la proporcionalidad, necesidad de autorización judicial o administrativa independiente y previsión legislativa en el Derecho interno.

En relación con la proporcionalidad de la medida, deben cumplirse dos exigencias, de carácter general y particular.

Con carácter general el artículo 5.2 *b)* párr. 2 RIA dispone que “el uso del sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público solo se autorizará si la autoridad garante del cumplimiento del Derecho ha completado una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales según lo dispuesto en el artículo 27 y ha registrado el sistema en la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 49”.

Esta evaluación sobre el impacto en los derechos fundamentales es de carácter previo al uso de los sistemas de identificación biométrica en tiempo real³⁹. Cuestión distinta es el análisis que en particular deba hacerse en el caso concreto en que se pretenda utilizar la IA. En ese caso, debe procederse a la correspondiente ponderación⁴⁰, fijando los correspondientes límites temporales, geográficos y subjetivos⁴¹.

Por otro lado, es preciso tener presente que el artículo 5.3. RIA dispone que “a los efectos del apartado 1, párrafo primero, letra h), y el apartado 2, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento

³⁸ ETXBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, pp. 555-562.

³⁹ *Ibidem*, p. 557, afirma que “esta evaluación de impacto ha de realizarse con anterioridad a la implementación del sistema”.

⁴⁰ ETXBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 555 afirma que en dicha ponderación debe tenerse presente “por un lado, la naturaleza de la situación que dé lugar al posible uso, y en particular, la gravedad, probabilidad y magnitud del perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema. Por otro lado, las consecuencias que la utilización del sistema tendría para los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de las consecuencias”.

⁴¹ *Ibidem*, p. 556.

del Derecho estará supeditado a la concesión de una autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante del Estado miembro en el que vaya a utilizarse dicho sistema (...)»⁴².

Por último, los Estados parte deben proceder a regular en el ámbito interno, las reglas y el procedimiento que debe seguirse en el tema que nos ocupa. En concreto, el artículo 5.5. RIA dispone que “los Estados miembros podrán decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho dentro de los límites y en las condiciones que se indican en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y los apartados 2 y 3. Los Estados miembros de que se trate deberán establecer en sus respectivos Derechos nacionales las normas detalladas necesarias aplicables a la solicitud, la concesión y el ejercicio de las autorizaciones a que se refiere el apartado 3, así como a la supervisión y la presentación de informes relacionadas con estas. Dichas normas especificarán también para qué objetivos de los enumerados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y en su caso en relación con qué delitos de los indicados en la letra h), inciso iii), se podrá autorizar a las autoridades competentes para que utilicen esos sistemas con fines de garantía del cumplimiento del Derecho (...)”.

Compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que los Estados parte pueden “optar” por la regulación y autorización de los sistemas de identificación biométrica en tiempo real con fines de investigación criminal⁴³. En definitiva, se busca fijar un mínimo y unas coordenadas para los Estados parte, pudiéndose considerar un “acordeón” que permite que los Estados puedan regular con mayor o menor alcance el uso de los sistemas de identificación biométrica en tiempo real⁴⁴.

⁴² *Ibidem*, pp. 557-560.

⁴³ *Ibidem*, p. 561 afirma que “la primera expresión del margen de actuación autónoma de los Estados miembros reside en la opción de incorporar o no el posible uso de los sistemas de identificación biométrica remota en el ordenamiento interno”.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 560 afirma que “el art. 5 (...) constituye el marco regulatorio en el que tienen cabida las salvedades a la prohibición general. Constituirá un marco de máximos, que en principio no podría ser rebasado por el ordenamiento concreto de cada Estado miembro, pero que deja a éstos un margen de actuación soberano dentro de aquellos límites”.

Por otro lado, con carácter general sobre el principio de autonomía procesal en el Derecho de la UE, ARZOZ SATISTEBAN, X., “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”. *Revista de administración*

III. ART. 588 QUINQUIES A) LECRIM Y GARANTÍAS PARA EL USO DE LOS SISTEMAS BIOMÉTRICOS EN TIEMPO REAL

1. VIDEOVIGILANCIA EN LUGARES O ESPACIOS PÚBLICOS

La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica tuvo un claro impacto en lo referente a la modernización de la instrucción de causas criminales⁴⁵.

De hecho, en el preámbulo de esta se pone de manifiesto la necesidad que existía en ese momento de actualizar la regulación procesal frente a las nuevas formas de delincuencia:

“La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros (...)”.

Es interesante destacar que la reforma también abordó la regulación de la utilización de dispositivos de carácter técnico de seguimiento y localización. Sobre los mismos, en el preámbulo se afirma que “la incidencia que en la intimidad de cualquier persona puede tener el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial, hace que la autorización para su práctica se atribuya al juez de instrucción”.

pública, nº 191, 2013, pp. 159-197; ESCALADA LÓPEZ, M. L., “La autonomía institucional y procesal de los estados miembros de la UE o cómo denominar algo no provoca su existencia”. *Revista de derecho y proceso penal*, nº 79, 2025.

⁴⁵ Sobre las mismas, BELLIDO PENADÉS, R., “La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)”. Tirant lo Blanch, España, 2020; CASTILLEJO MANZANARES, R., “Algunas de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica”. *Revista de derecho y proceso penal*, nº 45, 2017, pp. 23 a 57; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., “Diligencias de investigación tecnológicas y datos personales”. *Nuevas tendencias en materia de Derecho Procesal* (SOBA BRACESCO, I.; ALONSO SALGADO, C.; VALIÑO CES, A.; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., dirs.), 2025; ORTIZ PRADILLO, J. C., “Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica”, *El proceso penal: cuestiones fundamentales* (FUENTES SORIANO, O., dir.), 2017, pp. 303 a 315.

En el preámbulo se añade que “en el mismo capítulo se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, en la medida en que no se produce afectación a ninguno de los derechos fundamentales del artículo 18 de nuestro texto constitucional”.

Si atendemos a la regulación normativa, la diligencia a que se refiere estas palabras es la regulada en el artículo 588 quinquies a) Lecrim, bajo el epígrafe: “Captación de imágenes en lugares o espacios públicos⁴⁶”.

De acuerdo con la regulación prevista, el apartado 1 dispone que la policía judicial puede obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público “si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos”.

Por otro lado, el apartado siguiente permite hacer extensiva esta diligencia a “personas diferentes del investigado”. No obstante, añade que así puede hacerse “siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación”.

En todo caso, es preciso señalar la autorización judicial se precisa en los supuestos en que no sea un lugar o espacio público⁴⁷. Al respecto, resulta

⁴⁶ Para una mayor profundización, PILLADO QUINTAS, V., “Las medidas de investigación tecnológica. Visión del Ministerio Fiscal”. *Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos* (PEREIRA PUIGCERVER, S.; ORDÓÑEZ PONZ, F., dirs.; PESQUEIRA ZAMORA, M. J., coord.), Aranzadi, 2021, pp. 95 a 97.

⁴⁷ También pueden verse otros pronunciamientos sobre la captación de imágenes en “espacios de acceso público”. Así, la STS 797/2025 (Sala Segunda, de lo Penal), 2 octubre, ponente Excmo. Sr. D. Marchena Gómez, Manuel (LA LEY 314474/2025) en donde se pronuncia sobre la utilización de un dron para la captación de imágenes en la investigación de un delito de tráfico de drogas: “Es este precepto el que presta cobertura normativa a la utilización de drones para la investigación penal. Los aspectos administrativos se regulan en el Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, por el que se desarrolla el régimen jurídico para la utilización civil de vehículos aéreos no tripulados (UAS), en cuyo ámbito se incluye la utilización de estos ingenios cuando lleven a cabo actividades o servicios de policía”.

En concreto, se utilizó un dron sobre la vivienda del sospechoso sin autorización judicial como medio de vigilancia previo a la entrada y registro.

Destacamos la STC 92/2023, (Sala Segunda), 11 septiembre, ponente Excmo. Sr. D. Arnaldo Alcubilla, Enrique (LA LEY 230360/2023). En la sentencia se concede el amparo por la grabación de imágenes en el interior de un garaje privado llevada a cabo sin autorización judicial. La captación policial de imágenes tuvo lugar en el interior del garaje privado en el que se hallaba estacionado el automóvil en el que finalmente fue

interesante la sentencia del TS, Sala de lo Penal, 569/2020 de 30 oct. 2020, rec. 10313/2020⁴⁸ (ponente D. Julián Sánchez Melgar), en donde no se consideran ilícitas las grabaciones en los pasillos de una planta de un hospital obtenidas previa autorización judicial, en la investigación de muertes sospechosas.

incautado un alijo de 44 kilos de hachís carecía de habilitación legal, por lo que vulneró su derecho a la intimidad personal, deviniendo nula la prueba de cargo obtenida por ese medio.

En concreto, en el fundamento jurídico sexto afirma: “De acuerdo con la doctrina constitucional ha de entenderse, como ya se ha adelantado, que el derecho fundamental concernido en este caso es el derecho fundamental a la intimidad personal, pues la Guardia Urbana de Barcelona se sirvió en su investigación de unas imágenes obtenidas sin el conocimiento del recurrente mediante una cámara instalada en un lugar en el que aquel mantenía una legítima expectativa de privacidad, como es el garaje de una comunidad de vecinos. Sin necesidad de entrar a dilucidar si ese garaje tiene la condición de domicilio a los efectos del art. 18.2 CE, pues el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se invoca en el presente recurso de amparo, es notorio que, conforme al referido criterio de expectativa razonable de privacidad, ese espacio pertenece al ámbito de la intimidad protegida por el art. 18.1 CE, pues se trata de un lugar cerrado que es, además, una propiedad privada de acceso restringido (a los titulares de las plazas de aparcamiento y a terceros a los que aquellos permitan la entrada) y por tanto es patente que se trata de un lugar en el que el recurrente tenía una expectativa razonable de no ser escuchado u observado subrepticamente por terceras personas”.

Aplicando la doctrina recogida en esta sentencia, puede verse AAP 4201/2024 Madrid (Sección 5ª), 26 noviembre, ponente D. Vázquez Rodríguez, José Pedro (LA LEY 424709/2024).

Sobre el uso de prismáticos, destacamos las palabras de la STS 329/2016 (Sala Segunda, de lo Penal), 20 abril, ponente Excmo. Sr. D. Marchena Gómez, Manuel (LA LEY 32932/2016): “(...) la fijación del alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 de la CE sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción incontestada del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado”.

También puede verse sobre la consideración jurisprudencial de “espacio público”, la STS 112/2025 (Sala Segunda, de lo Penal), 12 febrero, ponente Excmo. Sr. D. Martínez Arrieta, Andrés (LA LEY 23801/2025).

⁴⁸ Base datos La Ley 162096/2020.

En el fundamento jurídico segundo se pone de manifiesto que el recurrente cuestionó estas grabaciones al no haberse realizado en espacios públicos en los términos del art. 588 quinquies a) Lecrim. Así, se indica:

“Reprocha el recurrente la instalación de cámaras de vigilancia, que dice, incorrectamente, que no lo fueron en espacios públicos, sino en lugares cerrados y que la grabación supuso una intensa afectación de la intimidad. También alega que con las cámaras no se pretendía esclarecer hechos delictivos ocurridos con anterioridad sino la vigilancia y control sobre hechos futuros no previsibles; que la medida no cumplió con los presupuestos o principios rectores legalmente previstos para la adopción de una medida de investigación tecnológica como las reguladas en los arts. 588 quater y 588 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que su prolongación en el tiempo fue excesiva.

El recurrente suscita un debate en torno a la naturaleza pública o privada del espacio o lugar donde se instalaron las cámaras que, recordemos, fue en el pasillo de acceso y distribución de las habitaciones de la planta 5ª, control B, del Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares (Madrid). Sostiene que es un lugar cerrado donde el derecho a la intimidad debe ser protegido con la mayor intensidad y, por tanto, la instalación de cámaras debe estar autorizada judicialmente.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, a la vista del desarrollo del motivo, la trascendencia de esta cuestión se diluye, pues tuviera el espacio la naturaleza que fuere, lo cierto es que en este caso la instalación de las cámaras se hizo con autorización judicial. Es por ello que, posteriormente, el recurrente traslada el debate a la concurrencia o no de los presupuestos habilitantes de la medida”.

Es importante destacar que el TS considera que la autorización judicial previa deja fuera de toda duda la licitud de las fuentes de prueba obtenidas. De igual manera, se indica que en ningún momento estas grabaciones permitieron el acceso a diagnósticos o historiales clínicos. Solamente se controló el flujo de personas que transitaban por el pasillo de esa planta del hospital:

“De manera que solamente afecta a las entradas y salidas de tales habitaciones, al aspecto exterior que estas personas puedan tener al circular por los pasillos y sobre las visitas que reciben. No hay acceso, directo ni indirecto, a diagnósticos o historiales clínicos, a datos concretos sobre las enfermedades o tratamientos. Debemos recordar que se trata de una medida autorizada judicialmente para el esclarecimiento de delitos muy graves, bajo control judicial. Y, en cualquier caso, también pueden ser detectadas mediante las cámaras terceras personas que circulen por el pasillo controlado sin posibilidad —en condiciones normales— de exclusión.

Por otro lado, hay que subrayar, como acertadamente pone el acento el Ministerio Fiscal, que el recurrente está alegando la intromisión ilegítima en un derecho de terceras personas, pero no un derecho propio, de su titularidad. Se argumenta sobre los datos de la salud de los enfermos ingresados o sobre las personas que los visitan, pero no se alega vulneración de la intimidad de la acusada recurrente sino de terceros.

En suma, las cámaras solamente controlan el flujo de personas que transitan por el pasillo”.

El TS considera que la ponderación judicial previa la adopción de esta medida tuvo en cuenta la posible afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, no se trataba de investigación prospectiva, puesto que ya existían indicios previos de los delitos investigados:

“La medida es idónea para el fin perseguido; no es prospectiva, porque se habían cometido ya indiciariamente delitos que había que investigar, es proporcional a la gravedad de los delitos investigados, y es claramente especial respecto al suceso que se trata de esclarecer (...).

d) La colocación de cámaras de vigilancia en el pasillo de distribución a las habitaciones del hospital, es una medida que invade de forma menos trascendente la intimidad de las personas, pues no se afectan lugares de mayor intensidad, lo que precisaría una mayor exigencia en el control de su necesidad.

e) En el caso, la autoridad judicial valoró todas esas circunstancias para autorizar la colocación de cámaras ocultas (es decir, sin aviso de su existencia), lo que procede aquí ratificar, confirmando su legitimidad constitucional.

No había modos menos agresivos, pues como razonó el Juzgado de Instrucción no existía otra medida subsidiaria dado que la fuerza actuante había agotado todas las vías de investigación para el conocimiento de la actividad delictiva objeto de la misma, específicamente, dada la mecánica de la comisión del delito, a saber, en las instalaciones del Hospital en las que no puede realizarse un interrogatorio al uso del personal sanitario, sin alertar, lógicamente al supuesto autor y sin alertar a las personas que acuden el Hospital a recibir tratamiento médico”.

En los términos que hemos fijado en la introducción, el artículo 588 quinquies a) Lecrim debe considerarse como la norma específica que regula el uso de sistemas de investigación tecnológica mediante la captación de imágenes. El resto de las normas a las que hemos referencia, contextualizan las funciones de la policía en nuestra sociedad (verbigracia arts. 288 Lecrim y 11 LO 2/1986), fijan el marco general para el uso de sistemas de videovigilancia (garantizar la convivencia, erradicar la violencia, prevenir o investigar delitos: art. 1 LO 4/1997), o regulan el tratamiento de los datos obtenidos con el uso de esos sistemas (LO 7/2021).

2. EL ART. 588 QUINQUIES A) LECRIM DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE NI SIQUERA CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL PUEDE USARSE LA IA EN TIEMPO REAL

Como puede apreciarse, la regulación positiva y la jurisprudencia del TS es clara al no exigir autorización judicial para hacer uso de los sistemas de videovigilancia en lugares o espacios públicos⁴⁹. Ahora bien, los avances

⁴⁹ Para mayor profundización, BUENO DE MATA, F., “Datos persales y proceso penal: diligencias de investigación y tecnologías disruptivas”, *Investigación y proceso penal*

que implica la IA son los que nos llevan a plantearnos hasta qué punto la policía judicial al amparo del artículo 588 quinquies a) Lecrim podría, con ocasión de la captación de imágenes hacer uso en tiempo real de sistemas de identificación biométrica en la investigación de delitos⁵⁰. Pues bien, a la vista de las cuestiones que hemos analizado en el apartado I⁵¹, podemos sostener que ni siquiera con autorización judicial previa, la policía judicial puede hacer uso de la IA en tiempo real para la identificación biométrica cuando se investiguen hechos criminales con el uso de la diligencia de investigación tecnológica del artículo 588 quinquies a) Lecrim.

Se trata de una práctica prohibida⁵². El artículo 5.1 h) RIA está en vigor y es aplicable, obligando a sostener que no puede usarse la IA con biometría en tiempo real. Su utilización, sin la reforma correspondiente del artículo 588 quinquies a) Lecrim, nos lleva sostener el carácter ilícito de las fuentes de prueba que eventualmente pudieran obtenerse.

Por lo tanto, delimitar el ámbito de adecuación del artículo 588 quinquies a) en relación con el artículo 299 Lecrim, nos lleva a sostener la imposibilidad el uso de la biometría en tiempo real y la necesidad de que el legislador interno desarrolle el ámbito de las excepciones y le dé la cobertura normati-

en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos (PEREIRA PUIGSERVER, S.; ORDÓÑEZ PONZ, F., dirs.; PESQUEIRA ZAMORA, M. J., coord.), Aranzadi, 2021, pp. 487 a 515.

En jurisprudencia, STS 493/2022 (Sala Segunda, de lo Penal), 20 mayo, ponente: Excmo. Sr. D. Llarena Conde, Pablo (LA LEY 98804/2022); STS 614/2023 (Sala Segunda, de lo Penal), 14 julio, ponente Excmo. Sr. D. Porres Ortiz de Urbina, Eduardo (LA LEY 170412/2023).

⁵⁰ Con carácter general, puede verse, FERREIRO BAAMONDE, X., “La utilización de las herramientas de inteligencia artificial en el proceso penal bajo el prisma de la propuesta de reglamento de inteligencia artificial”. *Desafíos del derecho procesal del siglo XXI: prueba prohibida, inteligencia artificial y digitalización de la administración de Justicia* (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., CALAZA LÓPEZ, S., ROCA MARTÍNEZ, J. M., dirs.), 2024, pp. 69 a 110; VELASCO NÚÑEZ, E., “Inteligencia artificial: aspectos penales y procesales”. *Desafíos del derecho procesal...*, op. cit. pp. 171 a 215.

⁵¹ Sobre las necesidades de acomodar la regulación a las exigencias derivadas del Reglamento IA, Ridaura Martínez, 2025, pp. 217-222.

⁵² Con carácter general, ORTIZ PRADILLO, J. C., “El impacto de la tecnología de la investigación penal y en los derechos fundamentales”. *Problemas actuales de la justicia penal* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., dir.; SANZ HERMIDA, Á.; ORTIZ PRADILLO, J. C., coords.). Colex, 2013, pp. 317 a 341.

va para que la policía judicial pueda utilizar la biometría en tiempo real para identificar víctimas o responsables criminales⁵³.

3. COORDENADAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

A la espera de que se regule el ámbito de las excepciones al uso de los sistemas de identificación biométrica en tiempo real en el seno de la instrucción criminal, señalamos lo que para nosotros es el punto de partida de la reforma que se realice⁵⁴.

3.1. Informe previo del CGPJ

El artículo 5.2 RIA fija un presupuesto ineludible para que pueda usarse la IA en la identificación biométrica en tiempo real en espacios públicos.

⁵³ Destacamos las siguientes palabras de ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 542: “la libertad limitada reconocida a los Estados miembros a la hora de regular la materia puede derivar en una regulación jurídica dispar en los distintos Estados miembros y resultar un inconveniente desde el punto de vista de la cooperación judicial en materia penal y del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales —sería el caso de la orden europea de investigación—, que podría experimentar asimetrías desde el punto de vista de los derechos fundamentales afectados y de la posibilidad o no de restricciones en los mismos”.

⁵⁴ En todo caso, es preciso tener presente que el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Real Decreto 817/2023). En lo que nos interesa, su artículo 5.6 dispone que los sistemas de IA propuestos por los proveedores IA solicitantes no podrán estar incluidos: “e) Sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» para su uso en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes:

1.º La búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluido personas menores desaparecidos.

2.º La prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas, para infraestructuras críticas, o un atentado terrorista.

3.º La detención, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco 584/2002/JAI del Consejo, para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos tres años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro”.

El anexo II incluye los sistemas de identificación biométrica remota en el listado de áreas de sistemas de IA de alto riesgo específicos.

Solamente se puede autorizar en el ámbito interno, si “la autoridad garante del cumplimiento del Derecho ha completado una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales según lo dispuesto en el artículo 27 y ha registrado el sistema en la base de datos de la UE de conformidad con el artículo 49. No obstante, en casos de urgencia debidamente justificados, se podrá empezar a utilizar tales sistemas sin el registro en la base de datos de la UE, siempre que dicho registro se complete sin demora indebida”.

España ha designado veintidós organismos como garantes. Entre los mismos, se encuentran, la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Defensor del Pueblo, Junta Electoral Central y el CGPJ⁵⁵.

⁵⁵ En la elaboración de este deben tenerse presentes los parámetros que se indican en el artículo 5.2 Reglamento IA. En concreto, la diligencia de investigación debe ir dirigida únicamente para confirmar la identidad de la persona que constituya el objetivo específico, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- La naturaleza de la situación que dé lugar al posible uso, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud del perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema.
- Las consecuencias que tendría el uso del sistema en los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de dichas consecuencias.
- El uso de este sistema debe cumplir garantías y condiciones necesarias y proporcionadas en relación con el uso de conformidad con el Derecho nacional que autorice dicho uso, en particular en lo que respecta a las limitaciones temporales, geográficas y personales.

Por otro lado, la evaluación debe tener presente los siguientes factores (arts. 5.2 en relación con el 27 Reglamento IA):

1. Debe realizarse una descripción de los procesos del responsable del despliegue en los que se utilizará el sistema de IA de alto riesgo en consonancia con su finalidad prevista.
2. Describir el período de tiempo durante el cual se prevé utilizar cada sistema de IA de alto riesgo y la frecuencia con la que está previsto utilizarlo.
3. Incluir las categorías de personas físicas y colectivos que puedan verse afectados por su utilización en el contexto específico.
4. Analizar los riesgos de perjuicio específicos que puedan afectar a las categorías de personas físicas y colectivos determinadas con arreglo a la letra c) del presente apartado, teniendo en cuenta la información facilitada por el proveedor con arreglo al artículo 13 Reglamento IA.
5. Incluir una valoración de los riesgos de perjuicio específicos que puedan afectar a las categorías de personas físicas y colectivos determinadas con arreglo a la letra c) del artículo 27, teniendo en cuenta la información facilitada por el proveedor con arreglo al artículo 13 Reglamento IA.
6. Describir la aplicación de medidas de supervisión humana, de acuerdo con las instrucciones de uso.

En la introducción de nuestra investigación hemos hecho referencia a la Instrucción 2/2026 CGPJ sobre el uso de la IA en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Ya hemos avanzado que las cuestiones a las que se refiere no son las que nos ocupan directamente en este trabajo. Sin embargo, en el apartado I del preámbulo de esta se subraya claramente la función del CGPJ como autoridad garante del Derecho de la UE función que precisamente asume en lo que se refiere al funcionamiento de la Justicia como una forma de garantizar la independencia judicial.

Añadimos que el 31 de octubre de 2024 el CGPJ solicitó formalmente que se le atribuyera esta función en todo lo referente a la IA y la afectación de la Justicia, también en lo referente a los sistemas de biometría⁵⁶.

3.2. Debe regularse expresamente el ámbito de las excepciones referentes a identificación de víctimas y responsables

Como hemos analizado *supra*, el artículo 5.5 RIA pone de relieve que las excepciones en las que puede utilizarse la IA con sistemas de biometría en tiempo real fijan un máximo, y que los Estados parte deben concretar en qué casos y en qué condiciones puede utilizarse en la instrucción criminal⁵⁷.

7. Inclusión de las medidas que deben adoptarse en caso de que dichos riesgos se materialicen, incluidos los acuerdos de gobernanza interna y los mecanismos de reclamación.

⁵⁶ Por su interés, destacamos las siguientes palabras: “El Reglamento de Inteligencia Artificial establece, además, la obligación de que cada Estado miembro designe al menos una autoridad de vigilancia del mercado, sin perjuicio de la existencia de autoridades específicas en determinados ámbitos. En este contexto, y con el fin de garantizar la independencia judicial, el Consejo General del Poder Judicial solicitó, el 31 de octubre de 2024, que se le atribuyera dicha condición cuando los sistemas de inteligencia artificial (sistemas de IA) puedan afectar a la Administración de Justicia. Esta solicitud ha sido acogida por el Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la Inteligencia Artificial, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 11 de marzo de 2025, al incorporar en su artículo 5.7 la designación de la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos del Consejo General del Poder Judicial como autoridad de vigilancia del mercado respecto de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo incluidos en el anexo III, punto 8.a), del Reglamento de Inteligencia Artificial, relativos a la administración de justicia, así como de los contemplados en el punto 1 del mismo anexo, en materia de biometría, cuando los sistemas se utilicen a efectos de la administración de justicia”.

⁵⁷ Dicho párrafo, *in fine* dispone que “los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota”.

En todo caso, y de acuerdo con esta disposición⁵⁸, es preciso que en el ámbito interno se concreten:

1. Normas detalladas aplicables a la solicitud de esta diligencia de investigación tecnológica.
2. Normas detalladas para su concesión y el ejercicio de la autorización judicial a que nos referimos después.
3. Desarrollo referente a la supervisión de esta práctica e informes relacionados con las mismas (art. 5.6 RIA⁵⁹).
4. Concreción de los objetivos para los que se permite el uso de la IA. Es decir, si para identificar víctimas y/o responsables criminales.

Compartimos las palabras de ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 561 en la que afirma que “si los Estados miembros optan en su ordenamiento por incorporar la posibilidad excepcional contemplada en la Ley de IA, mantienen igualmente el margen de actuación para decidir si lo hacen en toda su extensión o <parcialmente>, como también contempla el texto de la Ley”.

⁵⁸ El art. 5.5 RIA dispone que “los Estados miembros podrán decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho dentro de los límites y en las condiciones que se indican en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y los apartados 2 y 3. Los Estados miembros de que se trate deberán establecer en sus respectivos Derechos nacionales las normas detalladas necesarias aplicables a la solicitud, la concesión y el ejercicio de las autorizaciones a que se refiere el apartado 3, así como a la supervisión y la presentación de informes relacionadas con estas. Dichas normas especificarán también para qué objetivos de los enumerados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), y en su caso en relación con qué delitos de los indicados en la letra h), inciso iii), se podrá autorizar a las autoridades competentes para que utilicen esos sistemas con fines de garantía del cumplimiento del Derecho. Los Estados miembros notificarán dichas normas a la Comisión a más tardar treinta días después de su adopción. Los Estados miembros podrán adoptar, de conformidad con el Derecho de la Unión, leyes más restrictivas sobre el uso de sistemas de identificación biométrica remota”.

⁵⁹ Este párrafo dispone que “las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados miembros a las que se haya notificado el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho con arreglo al apartado 4 presentarán a la Comisión informes anuales sobre dicho uso. A tal fin, la Comisión facilitará a los Estados miembros y a las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y de protección de datos un modelo que incluya información sobre el número de decisiones adoptadas por las autoridades judiciales competentes o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante en relación con las solicitudes de autorización de conformidad con el apartado 3, así como su resultado”.

5. Concreción de los delitos para los que se permite dentro del listado que ofrece el RIA.

Vistas estas exigencias, es evidente que el artículo 588 quinquies a) Lercrim no se ajusta a los parámetros UE para el uso IAP en tiempo real.

3.3. *Será necesaria la autorización judicial previa*

En la medida en que una diligencia de investigación tecnológica consistente en el uso de la IA para la identificación biométrica en tiempo real puede afectar a derechos fundamentales, el artículo 5.3 párr. 1 RIA exige autorización previa a su adopción:

“A los efectos del apartado 1, párrafo primero, letra h), y el apartado 2, todo uso de un sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho estará supeditado a la concesión de una autorización previa por parte de una autoridad judicial o una autoridad administrativa independiente cuya decisión sea vinculante del Estado miembro en el que vaya a utilizarse dicho sistema, que se expedirá previa solicitud motivada y de conformidad con las normas detalladas del Derecho nacional mencionadas en el apartado 5”.

Aunque el RIA se refiere a autoridad judicial o administrativa, en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que debe entenderse referida a la autoridad judicial. La razón es evidente. De acuerdo con el marco constitucional, solamente el Poder Judicial puede tomar decisiones limitativas de derechos fundamentales⁶⁰. En la medida en que analizamos el sistema IAP para la investigación de delitos y proceder a la identificación de responsables criminales o víctimas, la autorización previa sostenemos que debería otorgarse por la Sección de Instrucción correspondiente. Se trata de IAP con fines de aplicación de la ley penal⁶¹.

Es necesaria, en definitiva, una ponderación judicial previa que tenga en cuenta las “pruebas objetivas o de indicios claros que se le aporten, de que el uso del sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» es necesario y proporcionado para alcanzar alguno de los objetivos especificados en el apartado 1, párrafo primero, letra h), el cual se indicará en la solicitud, y, en particular, se limita a lo estrictamente necesario en lo que se

⁶⁰ Por todos, ORTELLS RAMOS, M., “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº 12, 1996 (Ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales), VELASCO NÚÑEZ, E., dir., pp. 13 a 66.

⁶¹ Mantiene una interpretación diferente, ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *op. cit.*, p. 558.

refiere al período de tiempo, así como al ámbito geográfico y personal” (art. 5.3 párr. 2 RIA).

No obstante, en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar tal sistema sin autorización siempre que se solicite dicha autorización sin demora indebida, a más tardar en un plazo de veinticuatro horas. Si se rechaza dicha autorización, el uso se interrumpirá con efecto inmediato y todos los datos, así como los resultados y la información de salida generados por dicho uso, se desecharán y suprimirán inmediatamente” (art. 5.3 párr. 1 RIA⁶²).

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, a la vista de las consideraciones que hemos realizado tenemos que indicar que la diligencia de investigación tecnológica del artículo 588 quinquies a) Lecrim puede utilizarse para la captación de imágenes en espacios o lugares públicos. En esos casos, como regla general, no será necesaria la autorización judicial. Sin embargo, el uso de sistemas de identificación biométrica en tiempo real en el marco del actual artículo 588 quinquies a) Lecrim no tiene cabida. Es decir, el RIA puede aplicarse en lo que está en vigor y de acuerdo con el artículo 163 RIA, el uso de la IA para la instrucción criminal es práctica prohibida. Las excepciones solamente serán posibles cuando se cumplan con los presupuestos generales señalados: informe emitido por el CGPJ y el correspondiente desarrollo normativo interno. En esos casos, cuando el legislador haya concretado en qué supuestos es posible, será siempre precisa la autorización judicial previa, salvo en supuestos de urgencia. Si dichas circunstancias se dieran, en el plazo máximo de veinticuatro horas deberá solicitarse la autorización judicial.

⁶² En el caso del Proyecto de Ley Orgánica de Lecrim (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados 14 noviembre 2025), la diligencia de investigación tecnológica que nos ocupa requiere en todo caso de autorización judicial. Así se desprende del art. 392.3 para el caso de las vigilancias físicas, o para las vigilancias sistemáticas (art. 393). En este sentido, el art. 394.1 dispone que “La diligencia de vigilancia sistemática y aquella en la que se utilicen medios técnicos de seguimiento y localización o de obtención de imágenes requerirá autorización del Juez de Garantías con sujeción al principio de proporcionalidad. A tal efecto, cuando en el curso de la investigación el fiscal advierta la necesidad de practicarla, formulará la preceptiva solicitud”.

El proyecto no contempla expresamente aspectos relacionados con los sistemas de identificación biométrica en tiempo real. Pero en la cuestión que nos ocupa, si finalmente saliera adelante la reforma, deberíamos concluir que se use o no la IA será preceptiva la autorización judicial previa.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal”. *Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica*, ARIZA COLMENAREJO, M. J., SANJURJO RÍOS, E. I., coords., GONZÁLEZ GRANDA, P., dir., 2020.
- APARICIO ARAQUE, B., “Directrices de la Unión Europea sobre prácticas prohibidas de Inteligencia artificial”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 53, 2025.
- ARZOZ SATISTEBAN, X., “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”. *Revista de administración pública*, nº 191, 2013.
- ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium, España.
- BARONA VILAR, S., Algoritmización del derecho y de la justicia. *De la inteligencia artificial a la Smart Justicia*. Tirant lo Blanch, España, 2021.
- BELLIDO PENADÉS, R., “La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)”. Tirant lo Blanch, España, 2020.
- BLANES JOVER, J., “El concepto de inteligencia artificial en el Reglamento de la Unión Europea”, *Derecho y entornos digitales* (SÁNCHEZ FRÍAS, I.; VILLEGAS ALMAGRO, Y., dirs.), 2025.
- BUENO DE MATA, F., “Datos persales y proceso penal: diligencias de investigación y tecnologías disruptivas”, *Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos* (PEREIRA PUIGCERVER, S.; ORDÓÑEZ PONZ, F., dirs.; PESQUEIRA ZAMORA, M. J., coord.), Aranzadi, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., dirs. *Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia*. Aranzadi, España, 2022.
- CALDERA SERRANO, J.; ZAPICO ALONSO, F., “Identificación facial biométrica”. *El profesional de la información*, vol. 18, nº 4, 2009.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Algunas de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica”. *Revista de derecho y proceso penal*, nº 45, 2017.
- “Inteligencia artificial, justicia y mujer”, *Tutela colectiva de derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible (integración, Jurisdicción e igualdad)*, CUCARELLA GALIANA, L. A. coord., Dykinson, España, 2023.
- COTINO HUESO, L., “Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos”. *Derecho público de la inteligencia artificial* (BALAGUER CASTEJÓN, F.; COTINO HUESO, L.; coords.), 2023.
- DAMIÁN MORENO, J., “Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida”. *Poder Judicial*, nº 16, 1989.

- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Cuestiones jurídico-penales abiertas tras la entrada en vigor del Reglamento de Inteligencia Artificial”, *Derecho penal y garantías constitucionales* (BARTOLI, R.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., dirs.), 2025.
- DÍAZ, J., “Equívocos en la identificación y autenticación biométrica”. *I+S. revista de la sociedad española de informática y salud*, nº 147, 2021.
- DOLZ LAGO, M. J., “Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial”. *Diario La Ley*, nº 10096, sección doctrina, 23 junio 2022 (LA LEY 6033/2022).
- ESCALADA LÓPEZ, M. L., “La autonomía institucional y procesal de los estados miembros de la UE o cómo denominar algo no provoca su existencia”. *Revista de derecho y proceso penal*, nº 79, 2025.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., “El uso de sistemas de Inteligencia Artificial (IA) de identificación biométrica en espacios públicos en la Ley Europea de IA”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 21, 2024.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., “Artículo 5. Prácticas de IA prohibidas”. *Comentarios al Reglamento de Inteligencia Artificial* (BARRIO ANDRÉS, M., dir.), 2024.
- FERREIRO BAAMONDE, X., “La utilización de las herramientas de inteligencia artificial en el proceso penal bajo el prisma de la propuesta de reglamento de inteligencia artificial”. *Desafíos del derecho procesal del siglo XXI: prueba prohibida, inteligencia artificial y digitalización de la administración de Justicia* (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., CALAZA LÓPEZ, S., ROCA MARTÍNEZ, J. M., dirs.), 2024.
- FRANCO ZAMORA, P. E., “Justicia algorítmica y predictibilidad constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, nº 4, 2023 (ejemplar dedicado a Derecho constitucional y derechos humanos).
- FREIXES SANJUÁN, T., “Derechos fundamentales y Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial”. *Derecho Digital e innovación digital*, núm. 24 (abril-junio), 2025.
- FUENTES SORIANO, O., “La prueba prohibida aportada por particulares, a la luz de las nuevas tecnologías”. “*Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra, Liber amicorum*”. ASENSIO MELLADO, J. M., ROSELL CORBELLE, A., coords, 2020.
- GAGO FERNÁNDEZ, A., “El Reglamento Europeo sobre Inteligencia artificial”, *Fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho a través de la inteligencia artificial* (BUSTOS GISBERT, R.; GARCÍA ROCA, F. J., coords.), 2025.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *El juez-robot (la independencia judicial en peligro)*. Tirant lo Blanch, España, 2023.
- con PLANCHADELL GARGALLO, A., “*Prueba prohibida*”, *La prueba*, (ROMERO PRADAS, M. I., coord., GONZÁLEZ CANO, M. I., dir.), vol. 2, 2017.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., “Diligencias de investigación tecnológicas y datos personales”. *Nuevas tendencias en materia de Derecho Procesal* (SOBA BRACESCO, I.; ALONSO SALGADO, C., VALIÑO CES, A.; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., dirs.), 2025.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, J., “El Reglamento de inteligencia artificial y el Reglamento general de protección de datos”, *Tratado sobre reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea* (COTINO HUESO, L.; SIMÓN CASTELLANO, P., dirs.), 2024.

- LÓPEZ BARAJAS, I., “La eficacia refleja de la prueba prohibida”. *Revista General de Derecho Procesal*, nº 19, 2009.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, D.; CHAMOSOS SANTOS, P.; GONZÁLEZ BRIONES, A.; LÓPEZ BARRIUSO, A.; “Inteligencia artificial para la identificación biométrica basada en la queiloscopia”. *Hacia una Justicia 2.0. actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (MUNIVE CORTÉS, E. Y.; GONZÁLEZ PULIDO, I.; MUÑOZ SÁNCHEZ, L.; BUENO DE MATA, F., coords.), vol. 1, 2016.
- LUCENA PÉREZ, M., “El reconocimiento mediante biometrías en el nuevo reglamento de Inteligencia Artificial”, *Vigilancia biométrica masiva, Inteligencia Artificial y derechos fundamentales* (BALAGUER CALLEJÓN, F.; ESCAJEDO SAN EPITAFIO, L., dirs.), 2025.
- MAGRO SERVET, V., “La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia”. *Diario La Ley*, nº 9268, 2018.
- “Las técnicas de identificación facial por la seguridad privada y su necesidad de cobertura legal según la AEPD”. *Diario La Ley*, nº 10053, Sección Doctrina, 21 de abril de 2022.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Justicia e inteligencia artificial sin género”, *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*. BARONA VILAR, S. (ed. lit.), España, 2021.
- MARTÍN DIZ, F., “Justicia predictiva, inteligencia artificial y algoritmos aplicados al proceso judicial en materia probatoria”, *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal* (dir.) España, 2022.
- MEDINA MARTÍN, E., “La inteligencia artificial y su encuadre como medio de prueba”. *La criminalista digital. Papeles de Criminología*, nº 12, 2024.
- MIRÓ LLINARES, F., SANTIESTEBAN GALARZA, M., “La regulación de los sistemas policiales predictivos en el Reglamento Inteligencia Artificial”, *Tratado sobre el reglamento de inteligencia artificial en la Unión Europea* (COTINO HUESO, L.; SIMÓN CASTELLANO, P., dirs.), 2024.
- MUÑOZ CONDE, F., “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”. *Revista penal*, nº 14, 2004.
- MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Los datos biométricos y las emociones en el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial: un enfoque laboral”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 161, 2025.
- NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia Artificial y Justicia. ¿Perderemos el control? *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, nº 9, 2024.
- NOYA FERREIRO, L., “Investigación y prueba en la trata de seres humanos”. *Problemas actuales de la justicia penal* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., dir.; SANZ HERMIDA, Á.; ORTIZ PRADILLO, J. C., coords.). Colex, 2013.
- “El reglamento europeo de inteligencia artificial y su repercusión en la investigación penal”, *La inteligencia artificial y su aplicación en el sistema de justicia penal* (NOYA FERREIRO, M. L.; CATALINA BENAVENTE, M. A., dirs.), 2025.

- ORTELLS RAMOS, M., “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº 12, (Ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales), VELASCO NÚÑEZ, E., dir., 1996.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., “Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica”, *El proceso penal: cuestiones fundamentales* (FUENTES SORIANO, O., dir.), 2017.
- “Big data y metadata en la investigación policial del delito y en el proceso penal”. *Direito e Justiça: Estudos contemporâneos*, nº 15, 2022.
 - “Inteligencia artificial, big data, tecnovigilancia y derechos fundamentales en el proceso penal”. *El Derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial* (VILLEGAS DELGADO, C.; MARTÍN RÍOS, P, ed lit., 2022.
 - *Inteligencia artificial y Derecho* (MARTÍN OSTOS, J., dir.). Astigi, 2024.
 - con AGOSTINO, L., “Estudio comparativo entre España e Italia de las vigilancias policiales y modos de localización de sospechosos mediante el uso de medios electrónicos”. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal*, nº 12, 2025.
- MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y Justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 20, 2018.
- PALAZÓN, J.; DE MIGUEL, R.; “Identificación biométrica. Cuando la contraseña es el propio cuerpo”. *Estratos*, nº 110, 2015.
- PÉREZ CRUZ MARTÍN, A., “La prueba y la presunción de inocencia en el código orgánico integral penal”. Ecuador, 2016.
- PILLADO QUINTAS, V., “Las medidas de investigación tecnológica. Visión del Ministerio Fiscal”. *Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos* (PEREIRA PUIGCERVER, S.; ORDÓÑEZ PONZ, F., dirs.; PESQUEIRA ZAMORA, M. J., coord.), Aranzadi, 2021.
- PLAZA PENADÉS, J., “Principales aspectos del Reglamento UE de Inteligencia Artificial”. *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 66, 2024.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., “Sistemas de IA prohibidos, de alto riesgo, de limitado riesgo, o de bajo o nulo riesgo”. *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 9, nº 34, 2024.
- “Los sistemas biométricos en el Reglamento de Inteligencia Artificial”, en *Biometría, derecho administrativo y datos* (RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.; ALENZA GARCÍA, J. F., coords.), 2025.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “Reconocimiento facial: equilibrio entre la eficiencia tecnológica y la tutela de derechos”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 43 (2025).
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Sobre los reconocimientos en rueda y su confrontación frente a las nuevas realidades tecnológicas de los reconocimientos fotográficos o

análisis de grabaciones de imágenes”. Diario La Ley, nº 10108, sección tribuna, 12 julio 2022

RUIZ LEGAZPI, A., “Prueba prohibida y Constitución”. *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, RUBIO LLORENTE, F., JIMÉNEZ CAMPO, J., SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J., BIGLINO CAMPOS, M. P., GÓMEZ MONTORO, A., 2016.

SÁNCHEZ REILLO, R.; GONZÁLEZ MARCOS, A.; SÁNCHEZ ÁVILA, C., “Identificación biométrica mediante mano e iris”. *Criptología y seguridad de la información. Actas de la VI reunión española sobre criptología y seguridad de la información: VI RECSI, Tenerife, Islas Canarias, 14-16 de septiembre de 2000* (CABALLERO GIL, P.; HERNÁNDEZ GOYA, C., coords.), 2000.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Los datos biométricos en el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial”, en *Claves del reglamento europeo de inteligencia artificial: análisis y comentarios* (SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., dir.), 2025.

SERRANO PÉREZ, M. M., “Introducción al Reglamento de inteligencia artificial”, *El Reglamento europeo de inteligencia artificial: un análisis crítico y multidisciplinar* (BASTERRECHE BENGUA, T.; EGEA DE HARO, A.; SERRANO PÉREZ, M., dirs.), 2025.

VALIÑO CES, A., “Análisis de la aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia”, *Investigación y proceso penal en el siglo XXI: nuevas tecnologías y protección de datos*. PESQUEIRA ZAMORA, M. J., coord.; PEREIRA PUIGCERVET, S.; ORDÓÑEZ PONZ, dirs.; DEL MORAL GARCÍA, España, 2021.

VELASCO NÚÑEZ, E., “Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal”. Diario La Ley, nº 8595, sección doctrina, 1 septiembre 2015.

– “Inteligencia artificial: aspectos penales y procesales”. *Desafíos del derecho procesal del siglo XXI: prueba prohibida, inteligencia artificial y digitalización de la administración de Justicia* (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., CALAZA LÓPEZ, S., ROCA MARTÍNEZ, J. M., dirs.), 2024.

– “Inteligencia Artificial y prueba pericial”. Diario La Ley, nº 95, sección ciberderecho, 23 mayo 2025.

– con ALONSO CEBRIÁN, J. M., “Delitos por/con inteligencia artificial: presente y futuro”. Diario La Ley, nº 82, sección ciberderecho, 5 abril 2024.

VILLALOBOS PORTALES, J., “Concepto jurídico de inteligencia artificial en el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea”, *El Derecho de la competencia ante las plataformas digitales* (PASTRANA ESPÁRRAGA, M.; OLMEDO PERALTA, E., dirs.), 2025.

SISTEMA PENAL Y *PUBLIC COMPLIANCE*: LA COMUNICACIÓN INTERSISTÉMICA COMO UNA PROPUESTA PARA EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

Criminal Justice System and Public Compliance: Intersystemic communication as a proposal for controlling public corruption

THIAGO MARCANTONIO FERREIRA

Profesor en la Escuela Nacional de la Policía Federal de Brasil

Asesor de Ministro en la Suprema Corte de Brasil

tmferreira17@gmail.com

Sumário: I. INTRODUCCIÓN. II. EL NUEVO PERFIL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA. III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN BUEN GOBIERNO Y A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN. IV. EL PUBLIC COMPLIANCE COMO CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN GOBIERNO. V. LAS NUEVAS FUNCIONES DEL SISTEMA PENAL Y SU PRODUCTO COMO FUENTE DE INFORMACIÓN. VI. LA NECESIDAD DE COMUNICACIÓN INTERSISTÉMICA DEL PROCESO PENAL CON LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE. VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Este estudio analiza la necesidad de una comunicación intersistémica entre el subsistema procesal penal y el subsistema de integridad pública para controlar la corrupción en el sector público. Las respuestas tradicionales se muestran insuficientes para hacer frente al nuevo perfil de la corrupción pública. Así que, los sistemas de integridad pública se convirtieron en el principal instrumento de la gobernanza pública para controlar este fenómeno. Sin embargo, la mera instauración de estos sistemas no es suficiente, dado que los casos de corrupción pública se repiten invariablemente. Para una respuesta eficaz, se propone construir un sistema integrado de control de la corrupción pública.

Abstract: This study analyzes the need for intersystemic communication between the criminal justice subsystem and the public integrity subsystem to control corruption in the public sector. Traditional responses prove insufficient to address the new profile of public corruption. Therefore, public integrity systems will become considered the primary instrument of public governance to control this phenomenon. However, the mere establishment of these systems is not sufficient, given that cases of public corruption invariably recur. To provide an effective response, the construction of an integrated system for controlling public corruption is proposed.

Palabras clave: corrupción pública, comunicación intersistémica, compliance, sistema de integridad, sistema procesal penal.

Keywords: public corruption, intersystemic communication, compliance, integrity system, criminal procedural system.

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que uno de los principales problemas de las democracias contemporáneas es el de la corrupción pública, entendida como aquella que involucra a agentes y funcionarios del Estado, o del propio Estado en el ejercicio de sus poderes, o en el desarrollo de sus relaciones con el sector privado. Especialmente en los países menos desarrollados, los efectos de la corrupción pública se sienten más, debido a que generan un mayor impacto en la formulación, desarrollo y ejecución de políticas públicas relacionadas con las necesidades más básicas de la población. La consecuencia, de la ausencia o insuficiencia de estas políticas públicas, es la producción de una situación de graves violaciones a los derechos humanos.

Como resultado de estos efectos deletéreos, en las últimas décadas, el tema de la corrupción se ha convertido en objeto de estudio y atención desde los más variados campos de la vida. El Barómetro Global de la Corrupción, sobre la percepción de la corrupción en la Unión Europea, revela que casi dos tercios de los ciudadanos de la Unión Europea piensan que la corrupción política es un problema en su país. Además de eso, tres de cada diez personas confiesan que pagan sobornos o utilizan sus conexiones personales para acceder a servidores públicos. Existe una percepción generalizada de que la corrupción está empeorando, de que las empresas tienen vínculos muy estrechos con el gobierno y de que la impunidad está aumentando. (TI, 2021)

De igual manera, la mayoría de los ciudadanos de América Latina y Caribe —53 por ciento, piensa que la corrupción aumentó en su país en los últimos 12 meses, mientras que dezesseis por ciento piensan que disminuyó— (TI, 2019). Para los brasileños, el estudio de 2015 de la misma agencia ya señalaba que la corrupción era el problema que más les preocupaba¹.

¹ En ese momento, el índice brasileño era de 38-5 puntos menos que en 2014, cuando el país ocupaba el puesto 69. Ese año, se analizaron 175 países, es decir, Brasil empeoró tanto su posición como su puntuación. Fue el peor resultado para una nación en el informe de 2015 en comparación con el año anterior. Transparencia Internacional enumeró el escándalo en Petrobras, los problemas en la economía y el crecimiento del desempleo como algunas de las razones del deterioro de Brasil en el ranking. El país

Casi diez años después, el país registró su peor puntaje y su peor posición en la serie histórica del índice de percepción de la corrupción (TI, 2025). Lo mismo pasa con España. Según Transparencia Internacional, el país ha experimentado un empeoramiento constante de la corrupción, alcanzando los 55 puntos sobre 100 y cayendo al puesto 49 a nivel mundial en el Índice de Percepción de la Corrupción de 2025. De modo que ha retrocedido 10 posiciones respecto a 2023, situándose en la mitad de la tabla europea, con fallos en la integridad pública y escándalos relacionados con fondos públicos. (TI, 2025)²

La corrupción en el sector público casi siempre va de la mano con el crimen organizado, entendido como una amplia variedad de actividades ilegales como el narcotráfico, el contrabando, el robo, la extorsión, el cibercrimen, entre otros. Los estudios sobre las condiciones sociológicas en las que prospera el crimen organizado indican una asociación entre la existencia de un Estado frágil, marcado por una alta evasión fiscal, servicios aduaneros y de inspección ineficaces, déficit democrático, un sistema de justicia lento y desigual, aplicación de la ley por funcionarios públicos politizados e instituciones y organismos públicos capturados por el crimen. Poco a poco, la sensación de impunidad, ineficiencia y no pertenencia se va apoderando de la población, que comienza a normalizar prácticas corruptas en el sector público y en las relaciones sociales en general.

Este escenario termina generando un círculo vicioso en el que los grupos criminales organizados se aprovechan de estas debilidades del Estado Democrático de Derecho para propagar y multiplicar sus actividades, al punto de involucrarse con la política, los negocios legítimos y las actividades estatales, hasta que no sea más posible separarlos. Así que, una de las funciones de la corrupción es crear un espacio de impunidad dentro del poder estatal para que se logren y perpetúen objetivos privados opuestos a los intereses públicos. Por lo tanto, la corrupción será más intensa y generalizada en entornos estatales donde las respuestas sean más débiles. (Queralt, 2016)

compartió la posición 76 en el ranking mencionado con otras seis naciones: Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, India, Tailandia, Túnez y Zambia.

² De acuerdo con el informe de la TI, a pesar de ser considerada la región menos corrupta del mundo, el progreso en la lucha contra la corrupción en Europa Occidental y la Unión Europea (UE) se ha estancado durante la última década. La puntuación media de la región en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de 2025 descendió de 66 a 64, con 13 países que mostraron descensos significativos y solo siete que registraron mejoras, lo que pone de manifiesto una creciente disparidad entre los estándares anti-corrupción, la aplicación de la ley y la integridad de quienes ostentan el poder.

Sin embargo, cabe señalar que hoy en día, casi la totalidad de las políticas anticorrupción se centran en un enfoque estrictamente represivo, materializado principalmente por el endurecimiento de las sanciones, la tipificación de nuevos actos ilegales y el uso de nuevas herramientas de investigación. No se contesta que el castigo y la destitución de los agentes públicos involucrados en las prácticas corruptas sean cruciales para el control de la corrupción. Lo que pasa, es que por sí solos no bastan. Las respuestas represivas son, por su naturaleza, casi siempre tardías, lentas e ineficaces. De modo que la observación empírica ha revelado que los casos se repiten, a menudo involucrando a los mismos actores, con *modus operandi* similares a los de escándalos del pasado.

La insuficiencia de las respuestas penales tradicionales ha llevado a la búsqueda de nuevas estrategias para combatir la corrupción en el sector público. En este contexto, el cumplimiento normativo ha sido considerado una estrategia prometedora para mejorar la lucha contra la corrupción. Por sus propias características, estos programas permiten diseñar estrategias realistas para prevenir y enfrentar la corrupción. Algunos de sus elementos constitutivos, como el canal de denuncias y la gestión de riesgos, pueden evitar que el crimen organizado se establezca dentro del sector público, lo controle y lo utilice como un instrumento de aumento de ganancias e impunidad para sus líderes.

Pero no podemos engañarnos. La institución de programas de integridad en el sector público, por sí solo, tampoco son suficientes. Es necesario implementar un sistema de integridad³ que presente una respuesta a

³ En este punto es necesario aclarar los conceptos de sistema jurídico, sistema penal y sistema de integridad pública. El sistema jurídico es el sistema general. El sistema jurídico es el conjunto estructurado de normas, principios, instituciones y costumbres que regulan la convivencia social y el ordenamiento legal de un Estado o comunidad, basándose en la jerarquía, cohesión y validez de las normas vigentes en un tiempo y lugar determinados. El sistema penal es un sistema especializado, derivado del sistema jurídico. Es un sistema de normas, instituciones y procedimientos dirigido a tutelar los bienes jurídicos penalmente tutelados por medio de la prevención y de la represión de los delitos. En general, en caso de lesión de los bienes tutelados el sistema actúa para sancionar al violador de la norma penal. De otra parte, el sistema de integridad pública tiene como misión especializada, resguardar la probidad de la Administración Pública. Su actuación es precipuamente preventiva, ya que actúa para gestionar los riesgos de quiebra de integridad en los órganos e instituciones públicas, por medio de los programas de compliance. En caso de quiebra de integridad puede llevar a la aplicación de una sanción disciplinaria y la remisión del asunto al sistema penal si la violación también constituye ilícito penal. Las funciones del sistema de integridad pública pueden comprender la función de gestión ética, control interno, transparencia, asuntos inter-

la corrupción basada en un programa preventivo eficaz, que desincentive estas prácticas, que resulte en una prevención general y por consecuencia disminuya considerablemente el uso de respuestas represivas. El cumplimiento normativo en el sector público debe servir como salvaguarda para la Administración Pública, el buen funcionamiento de los servicios públicos y la continua implementación de las políticas públicas, especialmente para los más necesitados.

Para eso no puede ser un programa cosmético que actúa y funciona solo en el papel. Es necesario que sea un programa capaz de transformar el entorno que permitió o fomentó las prácticas corruptas. Por eso debe centrarse en la mejora de la gestión pública, la calidad de los servicios públicos, la racionalización económica y financiera, la cualificación de su personal y, sobre todo, el uso de técnicas y la adopción de medidas que eviten la repetición de actos de corrupción.

En este sentido, este estudio presenta como hipótesis de trabajo una propuesta novedosa para la mejora del control de la corrupción pública. Me refiero a la necesidad de una comunicación sistemática entre el sistema penal y el *public compliance*. La construcción de los sistemas de integridad pública debe estar orientada no solo por el cumplimiento de normas legales y reglamentarias, sino también, influenciadas por las experiencias prácticas obtenidas a partir del análisis de los casos de corrupción sometidos a la persecución penal.

Así que, a partir de una base teórica interdisciplinar, jurídica y sociológica, utilizando del método analítico-descriptivo, el objetivo de este estudio es proponer la construcción de un sistema integrado de control de corrupción pública. La idea se desarrolla en cinco puntos principales. Traigo como punto de partida la insuficiente utilización de los medios tradicionales para el control del nuevo perfil de la corrupción pública. Después analizo el de-

nos y otras esenciales para el funcionamiento del sistema de integridad. Así que es un conjunto de principios, normas, procedimientos y mecanismos para prevenir, detectar y remediar la corrupción y el fraude, las irregularidades, los actos ilegales y otras desviaciones éticas y de conducta, violaciones o faltas de respeto a los derechos, valores y principios que afectan la confianza, la credibilidad y la reputación institucional. Por lo tanto, los sistemas penales y de integridad son subsistemas (hijos) derivados del sistema madre-sistema jurídico. Son sistemas especializados. Tanto el sistema penal como el sistema de integridad tienen doble misión: prevenir y reprimir. Pero, las funciones son especializadas y distintas materialmente. El sistema penal actúa para prevenir y reprimir las conductas que pueden violar la norma penal. El sistema de integridad tiene como misión principal, prevenir y reprimir los actos de quiebra de integridad.

recho fundamental a un buen gobierno y a una buena Administración como antítesis de un Estado marcado por un ambiente corrupto. En la secuencia presento el compliance público (sistema de integridad pública) como nueva herramienta para la concretización del derecho a una buena Administración y a un buen gobierno. Haciendo referencia a las nuevas funciones del sistema penal, propongo la utilización de su producto como fuente de información para el perfeccionamiento del sistema de integridad pública. Siguiendo esta línea, apunto para la necesidad de una comunicación intersistémica entre el proceso penal y los programas de cumplimiento.

II. EL NUEVO PERFIL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

La corrupción es un fenómeno global que ha existido desde los albores de la humanidad y está presente en todas las formas de sociedad organizada, independientemente del sistema político adoptado (Laporta, 1997). Esto lleva a afirmar que la corrupción sigue al poder como una sombra sigue a un cuerpo (Nieto, 1997, p. 7), o incluso que es la segunda profesión más antigua del mundo (Malem Seña, 2002). Nada ha cambiado. Todo sigue igual. Las denuncias de corrupción siguen apareciendo constantemente en la prensa, en los informes policiales, en los discursos parlamentarios, en las sentencias del poder judicial y en otros ámbitos de la vida contemporánea.

Se trata, por lo tanto, de un fenómeno atemporal y universal con una variedad de formas y múltiples modos de manifestación, que no está ligado a un momento histórico específico ni se limita a un lugar o cultura (Ferreira Filho, 2001). De hecho, el estudio de la historia de la humanidad indica que la corrupción ha atravesado todas sus épocas, manifestándose en todas las áreas del planeta —de norte a sur, de este a oeste—, afectando a los más diversos sistemas políticos —en mayor o menor medida— y afectando prácticamente todas las actividades humanas —públicas o privadas, profesionales o amateurs, individuales o colectivas— (Malem Seña, 2002).

Sin embargo, el hecho de que haya existido siempre, que esté presente en cualquier sistema político, en todas las formas de gobierno y que forme parte de todas las fases de la historia humana no puede dar lugar a retóricas y vacunas infértiles que se conviertan en argumentos para evitar estudiarla y desarrollar un conjunto de dispositivos institucionales para frenar y minimizar sus efectos. (Laporta, 1997).

Algunas sociedades, a pesar de no haber alcanzado el objetivo utópico de eliminar la corrupción, han logrado mantenerla en niveles tolerables,

evitando que se vuelva sistémica, endémica y descontrolada. Si bien la tendencia actual apunta a la expansión de las prácticas corruptas, esta nunca será una práctica que abarque a toda la sociedad. Siempre habrá culturas institucionales, países y sectores sociales que, por diversas razones, se resistirán a la normalización de esta lacra. De hecho, la corrupción no es un fenómeno natural inevitable. Al contrario, es una práctica social que, por lo tanto, puede evitarse. Respecto a estas actitudes y reacciones sociales ante la corrupción, Malem Seña (2002) presenta una interesante clasificación, en la tabla que se reproduce a continuación:

	Élites políticas	Población	Medidas Anticorrupción
Combatir	+ –	+ +	Avanzan Retroceden
No combatir	+ –	– –	Ineficazes Fracasan

En el primer escenario, representado por dos signos positivos, tanto las élites políticas como la población general de un país determinado creen que combatir la corrupción es necesario. En este escenario, existe un amplio apoyo popular y las medidas anticorrupción son fáciles de implementar. En el segundo caso, a pesar del apoyo público, las élites políticas impiden que las medidas anticorrupción avancen. En el tercer escenario, las élites se dan cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, pero carecen de apoyo popular. En este contexto, las medidas adoptadas resultan ineficaces. Finalmente, en el peor de los casos, la corrupción prevalece porque tanto la población como las élites gobernantes la apoyan y no ven motivos para combatirla.

En las décadas de 1960 y 1970 un grupo de destacados académicos en ciencias políticas y economía presentó una visión funcionalista de la corrupción. Leff (1964), Leys (1965) y Huntington (2006), entre otros, comprendieron que la corrupción, en ciertas ocasiones, podía generar beneficios económicos, políticos o administrativos. En términos generales, una dosis controlada de corrupción sería beneficiosa para los países, ya que ayudaría a superar la ineficiencia institucional, mejoraría los tiempos de respuesta a las demandas burocráticas y, en consecuencia, promovería el desarrollo económico. Así, la corrupción podría desempeñar un papel útil en el buen funcionamiento de las instituciones gubernamentales (Klitgaard, 1994). Además, también se argumentó que, en ciertos regímenes políticos, las

prácticas corruptas tienden a mitigar el autoritarismo. Se dijo, con cierta ironía, que en estos casos el régimen era una dictadura mitigada por la corrupción (Laporta, 1997).

Con el tiempo, surgieron nuevos estudios teóricos y empíricos que apuntaban en la dirección contraria. La corrupción es perjudicial para los países y la sociedad no solo porque los recursos utilizados para lubricar la maquinaria se utilizan en detrimento de áreas vitales como la salud, la educación y la lucha contra la desigualdad social, entre otras, sino también porque dicho sistema privilegia ciertos intereses privados por encima del interés colectivo. Dichos estudios señalan, en particular, la evidencia irrefutable de que el nivel de desarrollo humano y económico de una sociedad, la calidad de sus políticas públicas y el funcionamiento de sus instituciones están directamente relacionados con los bajos niveles de corrupción. (Klitgaard, 1994)

Sin embargo, aunque esta corriente académica es mayoritaria en la actualidad, estudios recientes refuerzan la tesis que prevaleció en las décadas de 1960 y 1970: que la corrupción no es tan perjudicial como parece. En este contexto, Huang (2016) presenta resultados empíricos de sus estudios para respaldar la idea de que la percepción común de que la corrupción perjudica el crecimiento económico es errónea. Sus estudios indican que el impacto de la corrupción no fue significativo en 12 de los 13 países de la región Asia-Pacífico, analizados durante el período 1997-2013. Además, su investigación demuestra que la adopción de políticas anticorrupción para promover el desarrollo económico de un país podría no ser tan efectiva como se imaginaba.

En la misma línea, otro estudio realizado en países latinoamericanos busca medir el impacto en el desempeño y la capacidad de internacionalización de empresas ubicadas en países emergentes con alta percepción de corrupción, como Brasil, Argentina, Perú y Chile. Estos estudios concluyeron que la corrupción tiene un impacto positivo en el desempeño de las empresas en estos países y que, en países con mayor corrupción, la rentabilidad y las ganancias de estas corporaciones tienden a ser mayores. (Cuervo-Cazurra, 2018)

Parece obvio que la corrupción puede agilizar los trámites en la función pública y, además, constituir una fuente importante de aumentos salariales para estos empleados. El soborno ofrecido a los servidores públicos funciona casi como una contribución parafiscal que paga el ciudadano para obtener una prestación más rápida de un servicio público. Sin embargo, los efectos económicos y sociales de la corrupción son mucho más perjudicia-

les que sus supuestas consecuencias positivas. A largo plazo, esta forma de interacción termina generando un efecto *boomerang* que condiciona el normal funcionamiento de la Administración, provocando una competencia real entre los agentes económicos, que acaban convirtiéndose en rehenes de la ley de quién paga más (Gómez de la Torre; Fabián Caparrós, 2009).

Buscar el lado positivo de la corrupción carece de sentido. El argumento endeble de que la corrupción es el aceite que lubrica los engranajes ya no se sostiene. Esta hipótesis es distorsionada y desconecta del contexto social actual. La corrupción, en su forma moderna, no tiene nada que ver con la corrupción practicada hace siglos, o incluso décadas. En el pasado, la corrupción consistía en conductas deshonestas contra quienes ostentaban el poder y se manifestaba principalmente en casos de malversación de fondos públicos. Hoy en día, la corrupción casi siempre se asocia con organizaciones criminales transnacionales, con impactos globales directos en diversos sectores de la economía y de la política.

El desarrollo económico, social y humano, la calidad de las políticas públicas y el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas son algunos de los elementos directamente afectados por el nivel actual de corrupción. Por lo tanto, salvo opiniones aisladas, existe cierto consenso en el ámbito académico y de las organizaciones internacionales de que la corrupción constituye un grave obstáculo para el progreso social, y que frenarla debería ser un objetivo prioritario de las políticas nacionales.

La naturaleza, el alcance y los impactos de la corrupción han cambiado radicalmente en las últimas décadas. Diversos fenómenos y transformaciones en la estructura social, política y económica actual pueden atribuirse a este cambio. Entre ellos, la globalización se considera el factor principal, ya que ha facilitado la integración económica global y, en consecuencia, ha aumentado la probabilidad de que los efectos de la corrupción se extiendan a más de un país, afectando a la economía global en su conjunto, dependiendo de la magnitud del evento corrupto (Fridriczewski; Rodríguez García, 2023)⁴.

⁴ Por ejemplo, el caso de corrupción que involucró a la corporación Odebrecht generó impactos significativos mucho más allá de Brasil, ya que también afectó a Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Sobre las acusaciones que involucran a la empresa Odebrecht en los países mencionados, se puede consultar un interesante mapa mundial elaborado y publicado con base en los acuerdos de descargo de sus ejecutivos: <https://g1.globo.com/economia/noticia/mapa-mundi-da-lava-jato-a-situacao-da-odebrecht-em-11-paises.ghml>. Consultado el 27 de septiembre de 2023.

Hoy, cuando hablamos de corrupción, no nos referimos a la conducta aislada de un servidor público que acepta un regalo por haberle hecho un favor a un vecino. Esto no significa que dicha conducta no afecte el buen funcionamiento de la Administración Pública ni perjudique el Estado Democrático de Derecho. Lo que enfatizamos es que el contexto actual es de corrupción con efectos, alcance e impactos mucho mayores que los de una conducta aislada, que también es reprehensible, pero mucho menos dañina.

Tanto es así que, un análisis minucioso del panorama político global muestra que casi ningún país ha permanecido indemne ante los problemas generados por la corrupción. Gobiernos y partidos políticos que han gobernado durante varios años han sido sometidos a procedimientos políticos y judiciales para su destitución forzosa. Al igual, presidentes, primeros ministros, parlamentarios y líderes políticos han sido objeto de investigaciones penales por sospechas de prácticas corruptas. Esta es la llamada globalización de la corrupción. (Naím; Kobrin; Glynn, 2001)

La corrupción, en su forma actual, representa una flagrante violación de los requisitos elementales de la racionalidad ética y política que, en última instancia, conduce a la deslegitimación. De hecho, su práctica repetida e incontrolada introduce externalidades negativas, socava la confianza económica, compromete los criterios de mérito, desvía recursos hacia actividades improductivas y genera un sentimiento de alienación entre los ciudadanos. Todo lo cual, resulta directamente en inestabilidad política y desconfianza. También induce indirectamente a los ciudadanos a actuar al margen de la ley, ya que comienzan a percibir el sistema regulatorio como un fraude. (Laporta, 1997)

El hecho de que los mecanismos e instrumentos para combatir la corrupción hayan demostrado ser insuficientes a lo largo de los años no implica necesariamente que esta sea funcional y necesaria para el crecimiento económico. Las deficiencias de las medidas represivas y punitivas no las hacen prescindibles en esta lucha. Más bien, revelan que por sí solas son insuficientes y que es necesario mejorarlas e invertir en nuevas acciones adaptadas al nuevo perfil de corrupción pública.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN BUEN GOBIERNO Y A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Actualmente, la corrupción se considera lo opuesto a la buena gobernanza. La corrupción representa la mala gobernanza, que actúa fraudulentamente.

mente en favor de intereses personales y privados en detrimento del interés general. Viola los principios de buena gobernanza, buen gobierno y buena administración. Y, como se ha destacado anteriormente, es cada vez más evidente y demostrado que las políticas y estrategias anticorrupción basadas únicamente en el Código Penal y la legislación conexas son insuficientes para abordar el fenómeno. Es urgente emplear nuevos instrumentos y mecanismos de políticas preventivas para romper el círculo vicioso de la corrupción. (Ponce Solé, 2013)

Ponce Solé (2013) argumenta que para lograr menos corrupción, la fórmula establecida por Klitgaard debe modificarse reduciendo la discrecionalidad donde sea posible, aumentando el derecho a una buena administración e inyectando transparencia y participación tanto como sea posible. Esto se debe a que, según Klitgaard, la corrupción es el resultado del monopolio más la discrecionalidad, menos responsabilidad. Entonces, la corrupción se reducirá si reducimos la discrecionalidad al máximo y aumentamos la buena gobernanza, la transparencia y la participación social. Gráficamente, la fórmula sería:

$(+)\text{ Buena Administración y }(+)\text{ Transparencia} = (-)\text{ Corrupción}$
--

Porque, si: C (Corrupción) = M (Monopolio) + D (Discreción) – A (Rendición de Cuentas). Entonces: C menor = D (Discreción Reducida) + B (Buena Administración) + Transparencia + P (Participación). (Ponce Solé, 2013)

Una buena administración pública puede lograrse mediante el uso de diversos mecanismos y técnicas que ofrece el gobierno corporativo, con las adaptaciones pertinentes para el sector público. El uso de códigos de conducta, ética y buen gobierno, regulaciones que definen los conflictos de interés, mejoras en los sistemas de reclutamiento y contratación de la función pública, la gestión basada en riesgos, nuevos diseños procedimentales e institucionales y, por supuesto, los pilares estructurales del cumplimiento normativo, pueden ser herramientas valiosas y eficaces para prevenir la corrupción pública.

Como ya se ha mencionado, las prácticas corruptas y las faltas de conducta han dejado de estar limitadas territorialmente desde hace mucho tiempo. La innegable expansión y globalización de estas prácticas ha llevado a la conclusión de que la acción aislada de una sola nación es ineficaz y no aborda la causa raíz, sino sólo una pequeña parte de sus consecuencias. Por lo tanto, mediante un intento de aunar esfuerzos y cooperar, se lograron

avances a nivel internacional, que culminaron en la elaboración de varios documentos importantes que sirvieron de catalizador para la adopción de medidas concretas por parte de los Estados destinadas a combatir la corrupción de forma simultánea y casi uniforme.

En este sentido, destaca la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997 de la Organización de los Estados Americanos, el primer instrumento internacional que abordó la corrupción transnacional. La importancia de este documento radica en su propósito de obligar a los Estados a implementar mecanismos para prevenir, reprimir, sancionar y combatir la corrupción, así como en su búsqueda de una mayor integración y cooperación entre las naciones para reducir las prácticas corruptas. Otro documento importante destinado a combatir la corrupción transfronteriza fue la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en 1997 en París.

En las Naciones Unidas, el concepto de buena gobernanza se ha vinculado a la creación de un entorno propicio para el disfrute de los derechos humanos. El resultado que la buena gobernanza busca lograr a través de las instituciones públicas es la gestión adecuada de los asuntos de interés general y la correcta aplicación de los recursos públicos para garantizar la realización de los derechos humanos. La Resolución n.º 74/186 estableció la transparencia, la rendición de cuentas, la conciencia, el carácter participativo y la sensibilidad a las necesidades y aspiraciones de la población como atributos de la buena gobernanza. Se cree que, al adherirse a estos principios, se pueden eliminar posibles abusos y prácticas corruptas, acercándose lo más posible al logro de los resultados deseados. (ONU, 2010)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en la ciudad francesa de Niza en el año 2000, fue el documento internacional responsable de inaugurar un cambio de paradigma en relación con el ejercicio de las actividades de la Administración Pública en la Unión Europea al incorporar explícitamente en el Capítulo V, titulado Ciudadanía, en su Artículo 41, el derecho fundamental a la buena gobernanza pública (MEDAUAR, 1992, p. 10). A pesar de que el mencionado documento no nació con *status* de un tratado, fue reconocido como tal en 2009 cuando el Tratado de Lisboa le otorgó el mismo valor jurídico que los tratados que estructuran la Unión Europea, eliminando así cualquier cuestionamiento sobre su valor jurídico⁵.

⁵ Art. 6 del Tratado de Lisboa: 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de

El derecho a una buena administración, según la Carta de Niza, garantiza a todas las personas el derecho a que sus asuntos sean gestionados por las instituciones y organismos públicos de forma imparcial, justa y en un plazo razonable. Además, les garantiza el derecho a ser oídos, a tener acceso a los procedimientos que les conciernen y obliga a la administración pública a justificar sus decisiones. El derecho a una buena administración se engloba en siete derechos fundamentales: i) el derecho a un trato imparcial y equitativo; ii) el derecho a un trato en un plazo razonable; iii) el derecho a ser oídos; iv) el derecho a acceder a los procedimientos; v) el derecho a que la decisión sea motivada; vi) el derecho a reparación en caso de abuso; vii) el derecho a interactuar en las lenguas oficiales reconocidas por la Unión⁶.

También existe evidencia de un movimiento en esta dirección dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunque indirectamente, las sentencias de la Corte reconocen, a través de la lucha contra la impunidad, la necesidad de establecer los elementos que conforman lo que actualmente se conoce como buen gobierno. En este contexto, la *accountability* y el *enforcement* se presentan como elementos de buena administración dirigidos a proteger la democracia representativa y el buen gobierno. Por lo tanto, no basta con que un régimen sea democrático. También debe estar capacitado para proteger y garantizar los derechos humanos, lo cual se logra mediante una buena gobernanza. (Salmón, 2014)

De hecho, esta evolución se sustenta en una nueva visión que considera al ciudadano como el eje central del Derecho Administrativo y la Administración Pública modernos. En este contexto, como resultado de este desarrollo, el principal atributo de los Gobiernos y la Administración Pública

diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

⁶ Artículo 41.— Derecho a una buena administración: 1. Toda persona tiene derecho a que sus asuntos sean tratados de manera imparcial, justa y dentro de un plazo razonable por las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Este derecho incluye, en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte contra ella cualquier medida individual que le afecte negativamente; b) el derecho de toda persona a acceder a los expedientes que le concierne, con el debido respeto a los legítimos intereses de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación de la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a una indemnización por parte de la Unión por cualquier daño causado por sus instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros. 4. Toda persona tiene la posibilidad de dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y debe obtener una respuesta en esa misma lengua.

pasa a ser la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de los ciudadanos. El objetivo es una Administración que actúe como instrumento al servicio del interés general, fomentando las condiciones que posibiliten el ejercicio de las libertades ciudadanas y superando los obstáculos que impiden su disfrute. La visión del Estado como mero proveedor de servicios públicos está cambiando hacia una que garantice los derechos y libertades de los ciudadanos. En resumen, la Administración deja de ser un fin en sí misma y busca convertirse en una institución al servicio de la comunidad. (Rodríguez-Arana, 2012)

Es en este sentido el derecho fundamental al buen gobierno representa el Estado de las decisiones administrativas legítimas. Busca revalorizar el papel honesto, eficiente y eficaz de los funcionarios públicos, quienes tienen el deber de tomar decisiones sólidas y legítimas. Para ello, no deben limitarse a los extremos de la servidumbre y la libertad irrestricta. Sus decisiones deben guiarse por la proporcionalidad y su sujeción al control principalista. Esto exige una reestructuración de las estrategias de gobernanza que implique la adopción del principio de buen gobierno como catalizador de un estándar mínimo de derechos subjetivos. (Freitas, 2007)

Así que los funcionarios públicos deben ejercer su poder para dar concreción a los mandatos normativos constitucionales y actuar siempre de forma que se confiera la mayor eficacia posible a los derechos fundamentales (Clève, 2003). Esta noción de que los asuntos públicos pertenecen a la ciudadanía la explica bien Rodríguez-Arana (2012), quien, en uno de sus numerosos artículos sobre buena gobernanza, enfatiza que “en las democracias, las instituciones públicas no son propiedad de políticos ni de altos funcionarios, sino de la ciudadanía, de personas de carne y hueso”. La soberanía popular es lo que les otorga propiedad y, por lo tanto, deben estar siempre orientadas al interés general y objetivo, buscando satisfacer las necesidades colectivas.

Para ello, el Estado debe ampliar su capacidad operativa efectiva para producir los resultados positivos, concretos y duraderos que demanda la sociedad. Actuar con buen gobierno significa tener la capacidad de guiar el proceso social con empatía, identificando con precisión las aspiraciones e intereses sociales, y al mismo tiempo poseer la competencia para actuar eficientemente utilizando técnicas y medios de gobierno adecuados para producir los resultados esperados dentro de las posibilidades realistas. Un gobierno inepto, desatento, negligente y, sobre todo, corrupto, viola los de-

rechos fundamentales relacionados con el desarrollo del potencial humano y, por lo tanto, el derecho fundamental al “buen gobierno”. (Juca, 2017)

IV. EL COMPLIANCE PENAL COMO CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN GOBIERNO

La ecuación básica de la corrupción propuesta por Klitgaard (1984) la define como el resultado del monopolio de la toma de decisiones públicas, sumado a la discrecionalidad, sin rendición de cuentas. Según esta propuesta, la corrupción se desarrolla cuando las decisiones públicas están monopolizadas, quienes toman las decisiones tienen amplios poderes discrecionales, carecen de directrices mínimas para la toma de decisiones y carecen de mecanismos para exigir la rendición de cuentas. Así, Klitgaard (1984) presenta los componentes fundamentales de la corrupción mediante la siguiente ecuación:

$$\text{Corrupción} = \text{monopolio} + \text{discreción} - \text{responsabilidad}$$

La corrupción no es un crimen pasional. Es un crimen de cálculo, donde los agentes corruptos actúan racionalmente, sopesando los posibles costos y beneficios de cometer un acto corrupto. Esta observación se basa en la teoría de la elección racional, la cual se fundamenta en la idea de que la conducta de un agente es el resultado de un proceso racional de toma de decisiones. Como consecuencia de esta observación, las políticas anticorrupción deben guiarse por la necesidad de reducir los incentivos que los agentes potencialmente corruptos encuentran en el entorno de la administración pública para cometer delitos. (Gutiérrez Pérez, 2018)

En este contexto, surgen interrogantes sobre la eficacia y las ventajas de implementar un programa de cumplimiento normativo⁷ para prevenir la de-

⁷ Algunos apuntan distinciones entre el *public compliance* y el *criminal compliance*. Así que el cumplimiento penal se centra en prevenir conductas delictivas en el ámbito empresarial. Su objetivo principal es evitar la conducta criminal y la responsabilidad de sus directivos y empleados. De otra parte, el cumplimiento público se centra en la gestión transparente, ética y eficiente de la Administración Pública (organismos públicos). Su objetivo es garantizar el cumplimiento de las normas, reglamentos y estándares éticos en la gestión de los recursos públicos. Todavía, para efectos de este estudio consideramos que en el sector público, el *criminal compliance* forma parte del *public compliance*. Esto porque cuando las administraciones públicas crean un programa de cumplimiento, los objetivos del *public compliance* y del *criminal compliance* deben de ser simul-

linfluencia económica y la corrupción en el sector público, en comparación con las soluciones penales tradicionales. Estas preguntas pueden responderse analizando diversos aspectos. Sin embargo, aunque es difícil demostrarlo empíricamente, desde la perspectiva de los estudios criminológicos, la respuesta es afirmativa.

Aunque concebidos para el sector privado, los denominados pilares o elementos estructurales del cumplimiento corporativo —gestión de riesgos, códigos de conducta, canales de denuncia, investigaciones internas, auditoría, control, formación y diligencia debida— son perfectamente adaptables y aplicables al sector público. Si todo este conjunto tiene como objetivo aumentar la ética, la transparencia y la fiabilidad en las organizaciones, su aplicación en el ámbito de la Administración Pública, que tiene estos valores como fundamento y razón de ser, se justifica aún más.

El entorno cultural e institucional de una organización puede prevenir o incentivar la actividad delictiva. Un entorno caracterizado por el desprecio por las normas y la presión sobre los empleados para encontrar soluciones a cualquier precio, sin duda, genera un mar de posibilidades para la actividad delictiva. Por el contrario, una cultura organizacional centrada en el respeto por las normas y que emplea herramientas para neutralizar las prácticas ilegales dentro de la organización transmitirá valores de integridad y, al mismo tiempo, resaltarán la mayor probabilidad de detectar actividades ilegales, lo que constituye un efecto disuasorio. (Sieber, 2013)

También existen ventajas desde la perspectiva de la especialización regulatoria. Los programas de cumplimiento integrados en sistemas de autorregulación y correulación pueden resultar más eficaces que los preceptos generales del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. En una sociedad arriesgada, global y compleja, las numerosas especializaciones técnicas y económicas de la economía moderna dificultan que el Estado regule de forma uniforme y eficaz todo este espectro de actividades, tanto en el sector privado como en el público. En este contexto, es mejor que dicte leyes generales para influir en el sector privado y obligarlo a cooperar con

táneamente buscados en función de la propia esencia de la Administración Pública. Así que consideramos que el compliance penal realiza una función específica dentro del compliance público. Este es el género de lo cual aquel forma parte. Por lo tanto, la denominación compliance público existe para diferenciar el compliance utilizado en el sector público con el compliance adoptado en el sector privado —el compliance corporativo. Este se centra en el cumplimiento de las leyes y las normativas internas para garantizar la sostenibilidad del negocio, la reputación y evitar sanciones penales a sus dirigentes y empleados así como puniciones financieras a la empresa.

el sistema sancionador estatal. La regulación interna implementada por la organización considera todas estas especificidades porque posee un profundo conocimiento del sistema y los riesgos. Por lo tanto, suele ser más eficaz. (Sieber, 2013)

Otro aspecto ventajoso es el económico. Como ya se mencionó, el perfil actual de la corrupción pública es muy diferente al observado hace décadas. Hoy en día, el crimen organizado se centra en la obtención de recursos, que en casi todos los casos son de origen público. Estos recursos dejan de ser utilizados para implementar políticas públicas sociales básicas como la educación, la seguridad y la salud. Por esta razón, organizaciones internacionales como el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se han centrado en estudiar el cumplimiento normativo como herramienta para prevenir la delincuencia en el mundo empresarial y el sector público.

En un contexto complejo marcado por la incertidumbre y la desconfianza, el cumplimiento normativo se ha reconocido como una valiosa herramienta de política penal que ayuda a prevenir la actividad delictiva. Su implementación permite a las organizaciones ser más conscientes de sus obligaciones regulatorias, prevenir diversos riesgos que podrían afectar su reputación y fomentar una cultura de buen gobierno y comportamiento ético, generando, en última instancia, retroalimentación interna sobre los valores de la ética y la integridad. (Rodríguez-García 2023)

El cumplimiento permite anticipar la protección legal del Estado, ya que la autorregulación incentivada o impuesta lleva a las organizaciones (públicas o privadas) a desarrollar internamente las primeras barreras para contener los riesgos de comportamientos que puedan constituir una amenaza potencial para ellas. Solo cuando estas barreras iniciales resultan insuficientes para contener el incumplimiento regulatorio, el Estado será responsable de tomar medidas. Esto beneficia tanto al sistema represivo como al preventivo. El sistema preventivo se beneficia porque funciona de manera más eficiente y se centra en un análisis de riesgos adaptado a los requisitos de esa actividad y modelo de negocio. El sistema represivo se beneficia porque no tendrá que actuar en cada caso de violación de la integridad. Además de prevenir muchos incidentes, el cumplimiento actúa como un filtro para los casos que merecen ser remitidos al sistema represivo, que representa la *ultima ratio* del Estado en la lucha contra la corrupción.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar con seguridad que el cumplimiento normativo ha dejado de ser una promesa utópica para convertirse

en una realidad cada vez más presente y necesaria en la vida de las organizaciones privadas y públicas. En este escenario de incertidumbre, la regulación impulsada por *cumplimiento* (i) permite el acceso a nuevos sectores de actividad y mercados que requieren un componente reputacional positivo; (ii) fortalece la imagen corporativa y contribuye a una mejor comprensión de los riesgos a los que se enfrenta; (iii) proporciona mayor transparencia y seguridad jurídica a los miembros de las organizaciones y a las partes externas (proveedores y clientes); (iv) genera ahorros de costes; (v) contribuye a aclarar responsabilidades y a prevenir futuras; (vi) ayuda a introducir una cultura ética en la gestión de la organización. (Rodríguez-García, 2023)

V. LAS NUEVAS FUNCIONES DEL SISTEMA PENAL Y SU PRODUCTO COMO FUENTE DE INFORMACIÓN

La teoría predominante sostiene que la misión principal del derecho penal es la defensa de los bienes jurídicos. Para los teóricos de esta corriente de pensamiento, la convivencia social armoniosa y pacífica presupone la existencia de mecanismos para proteger estos intereses. Por lo tanto, toda sociedad requiere un conjunto de mecanismos y herramientas para garantizar el respeto de sus normas y pautas de conducta. Todos los recursos que utiliza la sociedad para garantizar que los ciudadanos cumplan las normas definidas como esenciales para la convivencia social, así como las respuestas respectivas ante cualquier infracción, se consideran técnicamente formas de control social. (Busato; Hupaya, 2003)

El control social es “el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que buscan promover y asegurar la sumisión de los individuos a los modelos y normas de la comunidad” (Pablos de Molina, 1997). En este sentido, el control social no sólo lo ejerce el sistema penal. Diversos sistemas sociales contribuyen a su implementación. El sistema educativo, el sistema familiar, el sistema religioso, así como otros sistemas jurídicos, contribuyen a su implementación. Estos últimos, además, se aplican dentro de una escala de severidad. Es decir, las instancias no legales de control social se aplican primero, seguidas de las legales. Y dentro de los sistemas jurídicos, el sistema penal ocupa el último lugar debido a su naturaleza fragmentaria y subsidiaria, su alto poder coercitivo y la gravedad de sus consecuencias en la esfera jurídica y la condición ciudadana.

Cómo *última ratio* del sistema sancionador, el derecho penal está sujeto a una serie de limitaciones, incluyendo la observancia del principio de es-

tricta legalidad. Por lo tanto, las leyes penales son elaboradas por el Poder Legislativo mediante un proceso legislativo regular, que resulta en la publicación de una ley penal que describe la conducta delictiva y sus correspondientes sanciones, estableciendo, a nivel abstracto, el derecho del Estado a castigar y el deber de obediencia de los individuos. Cuando se viola una ley penal, el derecho abstracto, genérico e impersonal del Estado a castigar se transforma en una pretensión concreta de castigar al presunto autor de la conducta delictiva. Esta es la pretensión punitiva del Estado de someter al presunto autor de un delito a sanciones penales.

Sin embargo, el ejercicio de la intención punitiva del Estado no puede realizarse de forma aleatoria. Para que el Estado imponga sanciones penales y someta al infractor a su cumplimiento, debe adherirse a un conjunto ordenado de actos, normas y principios: el proceso penal. La aplicación del derecho penal a un caso específico debe cumplir con ciertas formalidades, también prescritas por la ley. Es en este contexto de garantías que el proceso penal cobra relevancia como el único instrumento que el Estado puede utilizar para imponer una sanción penal a los infractores. La aplicación del derecho penal sólo es válida, legítima y constitucional cuando se lleva a cabo a través de su instrumento indispensable: el proceso penal.

En general, el proceso penal se divide en dos fases, cada una con su propio marco legal. Sin embargo, dadas las peculiaridades y especificidades que caracterizan a los diversos sistemas jurídicos, es necesario aclarar que, para los fines de este artículo, adoptamos el sistema jurídico brasileño como base. Si bien las propuestas presentadas en este texto pueden aplicarse a cualquier sistema jurídico, las particularidades de cada uno influyen en la propuesta de comunicación intersistémica entre el subsistema penal y el subsistema de integridad pública. Esto se debe a que las funciones de los actores del proceso penal, especialmente la Fiscalía y la Policía, sufren modificaciones y presentan ciertas limitaciones.

La primera fase del proceso penal consiste en la investigación penal y tiene como objetivo determinar el hecho delictivo objeto de la denuncia, verificando su existencia y todas sus circunstancias, la materialidad del delito y al presunto autor. Este resultado final sirve para fundamentar la toma de decisiones de todos los actores del sistema de justicia penal: el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía, la Defensa Nacional y la víctima. Este constituye el instrumento constitucional de la investigación penal.

El Poder Judicial actúa en la supervisión de los derechos y garantías de la persona investigada, el Ministerio Público decide si presenta denuncia,

solicita su archivo, propone un acuerdo de no persecución o solicita investigaciones complementarias. La Defensa define la mejor estrategia para la fase futura, intenta la anulación del caso por cualquier violación de normas y principios, etc. La víctima, por su vez, puede utilizar el material para presentar una demanda en el ámbito civil, reclamando una justa indemnización por los daños y perjuicios derivados de la práctica delictiva. Y, el Estado, puede utilizarse del producto del proceso penal para mejorar sus sistemas de integridad.

La segunda fase del proceso penal se lleva a cabo mediante la acción penal, la cual, debe contener una descripción del delito y todas sus circunstancias, la identificación del imputado, la tipificación del delito y, cuando sea necesario, una lista de testigos. Estos requisitos, conocidos como condiciones de admisibilidad de la acción penal, se obtienen de los datos recopilados durante la primera fase del proceso penal, lo que demuestra la necesidad de que este se lleve a cabo de manera técnicamente sólida, imparcial y sin sesgos, libre de intereses futuros. (Ferreira, 2022)

En este punto, Roxin (2000) señala que el proceso penal tiene naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento libre de arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Dentro de esta concepción garantista y democrática del proceso, no se permite limitar la función del proceso penal, ni de la investigación penal, a la demanda acusatoria ni a la formación de la condena del titular de la acción penal pública. La idea de limitar el uso del producto del proceso penal a la formación de la condena de la fiscalía constituye un reduccionismo antidemocrático e inconstitucional. La prueba producida en el proceso penal no tiene dueño. Tampoco los elementos circunstanciales y probatorios recabados durante la fase investigativa. Pertenecen al proceso penal y sirven a todos los actores del sistema de justicia penal: defensa, juez, fiscalía, víctima, entre otros (Ferreira, 2022). Y, por qué no, a otros sistemas que tienen puntos de acoplamiento estructural con el sistema de justicia penal, como el sistema de integridad pública.

Por la misma razón, no es necesario hablar del dueño de la controversia judicial (*dominus litis*). En un sistema de funciones compartidas, el poder siempre reside en el Estado. Su ejercicio puede conferirse a organismos e instituciones públicas. Tanto es así que, en muchos sistemas jurídicos, se garantiza a los ciudadanos, a menudo mediante una cláusula permanente, el derecho a la acción privada por delitos que requieren persecución pública, cuando dicha acción no es iniciada por la fiscalía dentro del plazo legal. Esta posibilidad refuerza la tesis de que el proceso es un instrumento al servicio

del proyecto democrático-constitucional (Lopes Júnior, 2001). Además, numerosos ordenamientos jurídicos establecen que ciertos delitos sólo pueden ser perseguidos por la parte perjudicada. Por lo tanto, se descarta la idea de que el proceso y su resultado pueda considerarse monopolio de alguien.

Desde esta perspectiva, el producto generado por el proceso pertenece al proyecto democrático-constitucional, lo que significa que su propiedad trasciende a los sujetos procesales y su utilidad trasciende los límites internos del proceso penal. Es precisamente en este punto que abogamos por la necesidad de que las lecciones aprendidas del proceso penal, plasmadas en el producto generado durante su desarrollo, sean utilizadas por los sistemas de integridad pública como medio de aprendizaje y mejora continua de los mecanismos de gestión de riesgos y de prevención de conductas que vulneren el programa de integridad.

De hecho, el resultado de los procesos penales va mucho más allá de una sentencia judicial. Durante el proceso, se recopila abundante información mediante diversos métodos de recolección de pruebas. Esta información puede ayudar a comprender las fallas que llevaron a la violación de la integridad: el delito de corrupción investigado mediante procesos penales. Con base en la información generada por los procesos penales, se puede mejorar el sistema de integridad y prevenir la repetición de actos similares.

La información obtenida de los casos juzgados constituirá una herramienta adicional para ejercer la debida supervisión y para mejorar y reconfigurar el funcionamiento de algunas actividades de las instituciones públicas. Además, proporcionará la evidencia necesaria sobre la eficacia o ineficacia del programa de cumplimiento, ya que demostrará los incumplimientos cometidos y el grado de riesgo de la conducta. La información obtenida a través de los procedimientos penales será un elemento clave en la evaluación y actualización del programa de cumplimiento. De hecho, sus resultados permitirán verificar si el análisis de riesgos funcionó adecuadamente y si las estrategias y protocolos funcionan según lo previsto.

VI. LA NECESIDAD DE COMUNICACIÓN INTERSISTÉMICA ENTRE EL PROCESO PENAL Y LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Una vez identificado el problema central, la pregunta que surge es cómo establecer esta comunicación entre el subsistema penal y el subsistema de integridad pública. Se podrían utilizar numerosas teorías para explicar

el funcionamiento de los sistemas sociales y cómo se produce la comunicación entre ellos. Para eso, hemos optado por aplicar, en este trabajo, la teoría de los sistemas sociales desarrollada por el sociólogo alemán Niklas Luhmann. Esta teoría tiene como punto central un cambio de paradigma⁸ causada por la sustitución de las categorías del análisis sociológico clásico por un análisis funcional basado en nuevos conceptos como la autopoiesis, el cierre operacional, el acoplamiento estructural, la complejidad, la paradoja y el riesgo⁹. Estos elementos confieren a la teoría de sistemas sociales un carácter único e inédito que busca explicar la complejidad de la sociedad contemporánea de una manera más integral y actual. (Heringer Júnior, 2014)

Además, en el punto que más nos interesa, dado que Luhmann considera la comunicación —y no al individuo— como la unidad elemental de la sociedad, la teoría nos ayuda a demostrar la tesis de que la falta de comunicación efectiva entre el subsistema de integridad pública (prevención penal) y el subsistema penal (represión penal) es la principal causa de la repetición

⁸ En este punto, la observación del propio Luhmann (2016, p. 20-22) es válida: “(...) para lo que previamente hemos llamado un ‘cambio de paradigma’, una guía aproximada puede ser suficiente. No compartimos los intentos de descubrir qué pudo haber tenido Kuhn en mente cuando introdujo el concepto de paradigma; estos son intentos actualmente fútiles. Lo importante para nosotros es solo una distinción, a saber, la distinción entre superteoría y diferencia rectora. Las superteorías son teorías con pretensiones universales (lo que también significa que se incluyen a sí mismas y a sus adversarios). Las diferencias rectoras son distinciones que controlan las posibilidades de procesamiento de la información por parte de la teoría. Estas diferencias rectoras pueden adquirir la cualidad de un paradigma predominante si organizan una superteoría de tal manera que prácticamente todo el procesamiento de la información se realice de acuerdo con ellas. (...) La teoría de sistemas es una superteoría particularmente impresionante. Por mucho que pueda ser cuestionada, un cierto proceso de maduración, y lo atribuimos al hecho de que puede mirar atrás a una historia caracterizada por ambiciones superteóricas, “centralizaciones de la diferencia y cambios de paradigma”.

⁹ Luhmann (2016, p. 27), al explicar las diferencias e impulsos que llevaron al desarrollo de la Teoría de Sistemas Autorreferenciales comenta que: «Es evidente que los impulsos de estos dos movimientos no se originaron en la sociología. Los estímulos fueron inicialmente la termodinámica y la biología con la Teoría del Organismo, y posteriormente también la neurofisiología, la Teoría Citológica y la Teoría Computacional; además, por supuesto, de fusiones interdisciplinarias como la Teoría de la Información y la Cibernética. La sociología no solo quedó excluida de la colaboración investigativa, sino que también demostró ser incapaz de aprender en este contexto interdisciplinario. Al carecer de su propia elaboración de una teoría fundamental, ni siquiera puede observar lo que ocurre. Por lo tanto, sigue dependiendo del procesamiento de datos de su propia producción».

de casos de corrupción pública. Y no solo eso. Se puede identificar fácilmente la apertura de una vía para la práctica de actos corruptos mediante el uso del mismo *modus operandi*. Es como si el subsistema procesal penal identificara una ruta que escapaba al radar del subsistema de integridad pública, y la falta de comunicación entre ambos impidiera que este último capturara esta información, la internalizara, alterara su estructura e impidiera la repetición de este acto o el uso de esta ruta.

Además de compleja y abstracta, la teoría de Luhmann (2016) tiene un fuerte rasgo interdisciplinario, pues se distancia de las enseñanzas tradicionales de los clásicos de la sociología y al mismo tiempo se acerca a otras áreas del conocimiento, tomando prestados conceptos, terminología y modelos de disciplinas como la biología, la cibernética y la neurofisiología¹⁰. En esta línea de pensamiento, Luhmann se basó en las enseñanzas teóricas de los biólogos chilenos Maturana y Varela, quienes defendían la idea de que los organismos vivos son sistemas cerrados, autorreferenciales y autopoieticos. Para explicar el funcionamiento de los sistemas sociales, traspuso algunos fundamentos y conceptos de la biología, utilizando como ejemplo la relación entre los sistemas del cuerpo humano, como el respiratorio, el circulatorio, el excretor y el digestivo, que trabajan en armonía para el buen funcionamiento del organismo¹¹.

¹⁰ En palabras del propio Luhmann (2016, p. 27), al explicar las diferencias e impulsos que llevaron al desarrollo de la Teoría de Sistemas Autorreferenciales: «Es evidente que los impulsos de estos dos movimientos no se originaron en la sociología. Los estímulos fueron inicialmente la termodinámica y la biología con la Teoría del Organismo, y posteriormente también la neurofisiología, la Teoría Citológica y la Teoría Computacional; además, por supuesto, de fusiones interdisciplinarias como la Teoría de la Información y la Cibernética. La sociología no solo quedó excluida de la colaboración investigativa, sino que también demostró ser incapaz de aprender en este contexto interdisciplinario. Al carecer de su propia elaboración de una teoría fundamental, ni siquiera puede observar lo que ocurre. Por lo tanto, sigue dependiendo del procesamiento de datos de su propia producción».

¹¹ Como explica Bachur (2020, p. 79-80), para la elaboración de su teoría, «(...) Luhmann incorporó las fuentes teóricas más heterodoxas, inusuales en la construcción de una teoría de la sociedad: la neurobiología para el concepto de autopoiesis (Humberto Maturana y Francisco Varela); la teoría general de sistemas para las nociones de apertura y cierre operacionales (Ludwig von Bertalanffy); la cibernética para las nociones de autorreferencia operativa (por ejemplo, Norbert Wiener y Ross W. Ashby); teorías de la comunicación de diferentes matices (Gregory Bateson, C. E. Shannon y W. Weaver); el constructivismo radical para las nociones de observador y observación de segundo orden (Ernst von Glasersfeld, Heinz von Foerster); y la lógica de las formas (George Spencer Brown) para el concepto de diferencia».

Desde esta perspectiva, es posible analizar sistemas sociales, como el subsistema procesal penal y el subsistema de integridad pública, a partir de las teorías que sustentaron la teoría general de sistemas. Es posible también comprender las características, diferencias funcionales y limitaciones entre el subsistema procesal penal y el subsistema de integridad pública. Y, lo más importante, cómo se relacionan (o deberían relacionarse) entre sí, y cómo la interferencia del entorno (sociedad y otros sistemas) causa cambios internos en el subsistema de integridad pública y las consecuencias resultantes.

La teoría de sistemas identifica la existencia de cuatro tipos de sistemas: inertes, vivos, psíquicos y sociales. La teoría enfatiza los tres últimos por ser autopoieticos, autorreferenciales y operativamente cerrados. Los sistemas inertes son incapaces de producir sus propios elementos y, por lo tanto, dependen del entorno para su mantenimiento. Por lo tanto, a diferencia de los otros tres sistemas mencionados, no se consideran sistemas autopoieticos. Esto se debe a que una máquina que necesita ser operada o reparada requiere, por ejemplo, la intervención humana. En otras palabras, este sistema no produce sus propios elementos. Los sistemas vivos son las células, los animales y el cuerpo humano. Cuando una célula carece de hierro, no espera al entorno; autoselecciona lo que considera importante en su entorno. El sistema psíquico, a su vez, es la conciencia que produce el pensamiento. Dado que el pensamiento genera pensamiento, es autopoietico porque reproduce sus propios elementos. Finalmente, el sistema social se compone de la comunicación, que se produce a través de la propia comunicación. La sociedad, o el sistema social global, es la suma de todos los sistemas sociales. (Kunzler, 2004)

Luhmann (2016) observó que cada sistema opera a su propia velocidad y lógica interna, indistinguibles de las de otros sistemas. En otras palabras, cada sistema tiene su propia velocidad y lógica interna. Sin embargo, esta peculiaridad no impide que los sistemas se comuniquen entre sí. La comunicación entre ellos se produce a través de puntos que Luhmann denomina acoplamiento estructural. El acoplamiento estructural entre el sistema respiratorio y el circulatorio, por ejemplo, ocurre en los alvéolos pulmonares. Cuando el acoplamiento ocurre fuera de estos puntos específicos, la lógica de un sistema puede verse invadida por la de otro, lo que lleva a lo que Luhmann denomina depredación sistémica. Y aún más, al colapso e incluso a la muerte del organismo.

Así como los organismos vivos tienen sistemas, también los tiene la sociedad. El derecho, la economía, la política, la religión, la moral, la familia

y otros son ejemplos de sistemas sociales. Cada uno de estos sistemas sociales tiene su propia lógica operativa, un código binario que opera con las ideas de lo correcto o lo incorrecto, lo positivo o lo negativo. Por ejemplo, el código binario de la economía es eficiencia/ineficiencia o ganancias/pérdidas; el del derecho es lícito/ilícito; en política, sería poder/no poder o gobierno/oposición; en religión, sería sagrado/profano. Cuando un juez utiliza lo correcto o lo incorrecto como base para su decisión, está creando un acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el sistema moral. De manera similar, cuando una decisión judicial tiene en cuenta lo que es eficiente e ineficiente, el juez está utilizando el código binario de la economía.

En este contexto, se argumenta que los sistemas sociales son operativamente cerrados, ya que su funcionamiento comunicacional se lleva a cabo internamente. Es la autorreproducción, que ocurre a través de sus propios elementos, lo que les otorga identidad. Este cierre operativo, si bien fundamental para la supervivencia del sistema, plantea un problema de comunicación intersistémica: cómo permitir que el sistema capte sus intereses del entorno y se comuniquen con otros sistemas. Cuando el sistema económico emite información basada en su código binario de ganancias/pérdidas, el sistema jurídico no podrá traducir esta información a través de su código binario legal/ilegal. Inicialmente, recibirá esta información como ruido y no podrá continuar la actividad en curso. (Oliveira Filho; Castro Nascimento; Dias Nascimento, 2023)

Por lo tanto, debe utilizar su apertura cognitiva para traducir el ruido captado del entorno, si es de interés y tiene algún significado. En este caso, el sistema utilizará sus propias estructuras para captar e internalizar el ruido. De este modo, mantiene intacta su autonomía. Es dentro de esta lógica, que permite que dos sistemas autónomos compartan uno o más elementos de significado, que surge el acoplamiento estructural. Como ejemplo, podemos mencionar un posible cambio que el sistema jurídico realice en la tasa de interés máxima permitida. Esto causará resonancia (irritación) en el sistema bancario y el sistema económico. De igual manera, una decisión judicial tomada dentro del sistema jurídico puede generar resonancia en otros sistemas sociales. (Oliveira Filho; Castro nascimento; Dias Nascimento, 2023)

Al capturar el ruido ambiental mediante un filtro para seleccionar lo que le interesa, el sistema reconstruye su realidad interna. En otras palabras, el sistema captura información ambiental en forma de ruido y la traduce según su código binario. Esta captura no se produce con precisión con la información producida, ya que los códigos binarios son distintos. Por ejemplo, si el sistema ecológico produce información dentro de su lógica operativa

(sostenible/insostenible), puede ser capturada por el sistema jurídico, pero dentro de su lógica interna (legal/ilegal; lícito/ilícito). De lo contrario, existirían códigos binarios idénticos y, por lo tanto, una falta de diferenciación funcional, lo que provocaría que los sistemas involucrados en el intercambio de información perdieran su respectiva autonomía.

La diferencia entre los sistemas y el medio ambiente se logra mediante la diferenciación¹². El sistema social jurídico emplea la distinción entre derecho y medio ambiente. Lo mismo ocurre con otros sistemas sociales: economía y medio ambiente; política y medio ambiente; religión y medio ambiente; medicina y medio ambiente. El medio ambiente es el espacio donde se encuentran las complejidades seleccionadas por los sistemas para su reducción. Cada sistema social desempeña su función específica, reduciendo las complejidades externas que le corresponden, aumentando su propia complejidad interna y, a partir de esta diferenciación, construye una visión de la sociedad. La política construye una visión de la sociedad basada en la política, al igual que el derecho, la economía y otros sistemas sociales. Por lo tanto, se dice que no existe una totalidad. Los sistemas se producen a sí mismos mediante el uso de sus propias formas. Esto se denomina autopoiesis. (Bachur, 2020)

En este contexto, el acoplamiento estructural es la forma en que el sistema traduce la información obtenida del entorno. Los sistemas son simultáneamente operativos y cognitivamente abiertos, lo que permite que las irritaciones derivadas de la interacción entre el sistema y el entorno sean seleccionadas internamente por el sistema y luego estructuradas dentro de él, un mecanismo conocido como autoestructuración. El punto de acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el sistema político, por ejemplo, es la Constitución. Dado que, en principio, las operaciones del sistema jurídico no guardan relación con las del sistema político, lo que permite la comunicación entre estos dos sistemas es la traducción lingüística que realiza la Constitución. Un evento en el entorno es seleccionado, y el aco-

¹² De acuerdo con Luhmann (2016, p. 33): «Hoy en día existe un consenso en la disciplina respecto a que la diferencia entre sistema y entorno debe servir como punto de partida para todo análisis teórico de sistemas. Los sistemas se orientan por su entorno no solo de forma ocasional y adaptativa, sino también estructural; y, sin él, no podrían existir. Se constituyen y se mantienen a sí mismos al producir y mantener una diferencia en relación con el entorno y emplean sus límites para regular esta diferencia. Sin diferencia en relación con el entorno, ni siquiera habría autorreferencia, ya que la diferencia es una premisa funcional de las operaciones autorreferenciales. Por lo tanto, el mantenimiento de los límites es el mantenimiento del sistema».

plamiento estructural permite una doble codificación, ya que el evento se vuelve operativo en más de un sistema. (Heringer Júnior, 2014)

Dentro de esta lógica, los sistemas sociales cumplen la función de reducir las complejidades del mundo, actuando como mediadores entre las limitaciones de las posibilidades y las limitaciones de la capacidad humana para asimilar experiencias. La definición de lo que pertenece y lo que no pertenece al sistema —la selección— se logra mediante su código binario. En el sistema jurídico, por ejemplo, solo lo reconocido como Derecho se reconocerá como comunicación legal; por ejemplo, la práctica de un acto de corrupción. El acto de desobedecer un precepto religioso se reconocerá como no Derecho, ya que pertenece al código de la Religión y no al Derecho. (Heringer Júnior, 2014)

Cada sistema social tiene su propio código binario que lo identifica y lo diferencia del funcionamiento de otros sistemas sociales y de su entorno. Esto es precisamente lo que le confiere su identidad única. La comunicación especializada de un sistema determinado le es propia, y solo él puede ponerla en práctica. Por lo tanto, el sistema permanece aislado y puede reproducir su comunicación especializada mediante su propio código binario: la autopoiesis. Sin embargo, es importante señalar que un sistema social puede operar con más de un código binario. El sistema político, por ejemplo, podría tener los siguientes códigos: conservador/progresista; statu quo/oposición; vinculante/discrecional. El sistema jurídico podría operar con los códigos: correcto/incorrecto; lícito/ilícito. La economía podría comunicarse con los códigos: eficiente/ineficiente; ganancia/pérdida, etc. (Oliveira Filho; Castro nascimento; Dias Nascimento, 2023)

Según la teoría de Luhmann (2016), los sistemas autorreferenciales se caracterizan por su capacidad de establecer relaciones consigo mismos y diferenciar estas relaciones con su entorno. Esto es precisamente lo que permite distinguir entre el sistema y su entorno: sus operaciones internas. El sistema se diferencia para afrontar su complejidad interna. Las irritaciones del entorno impulsan la evolución del sistema. A mayor grado de irritación, mayor es el cambio en su estructura. La irritación conlleva un aumento de posibilidades hasta un límite que el sistema no puede tolerar, lo que provoca un cambio en su forma de diferenciación.

La irritación que el entorno provoca en el sistema estimula su autopoiesis. Las irritaciones pueden traducirse como posibilidades ambientales que atraen la atención y lo incitan a seleccionar elementos según el significado que se les asigna. La función de un sistema de integridad pública es pre-

venir prácticas ilícitas mediante la operación de su código binario (cumplimiento/incumplimiento o lícito/ilícito). Por lo tanto, el sistema de integridad no seleccionará información relacionada con la religión (profana/sagrada). Sin embargo, puede seleccionar un nuevo riesgo previamente desconocido para el sistema de integridad, ya que esta información es relevante para la función sistémica de prevenir prácticas que no cumplen con las normas y regulaciones. Si el sistema lo seleccionara todo, dejaría de ser un sistema porque se confundiría con el entorno¹³.

La dinámica de la sociedad contemporánea implica que todos los subsistemas están en constante evolución. Esto se debe a que conceptos y dogmas que antes se consideraban estables e inmutables han sido relativizados por la nueva configuración social de la posmodernidad. Una nueva realidad social, más pluralista y fluida, permite la consideración de múltiples y distintos puntos de vista, lo que complejiza las relaciones. En consecuencia, diversos sistemas sociales, especialmente el derecho, la economía, la política y la ciencia, requieren ser repensados y mejorados para satisfacer estas nuevas demandas sociales. (Gomes; Gonçalves, 2019)

Y no es solo la evolución o modificación interna de los sistemas lo que provocó esta nueva configuración social. También hubo, y sigue habiendo, una modificación constante y profunda entre sistemas basada en su cierre operativo y su mutua apertura cognitiva. Esta es la noción de ultraciclo, que «ocurre cuando un ciclo de presiones distintas y mutuas sugiere una separación entre sistemas cerrados y entre órdenes de distinta naturaleza, lo que permite un cambio de perspectiva». (Fornasier, Rogerio, 2019)

En este caso, las presiones de aprendizaje se notan y se sienten con mayor intensidad. Las irritaciones extra sistémicas causadas por estas presiones de aprendizaje provocan o facilitan cambios intra-sistémicos. A través de sus mínimas aperturas, los sistemas se observan mutuamente mediante lo que se denomina interacción ultra cíclica. Esto ocurre cuando los subsistemas jurídico y político, por ejemplo, interactúan interfiriendo entre sí.

¹³ Respecto a este punto, cabe señalar que Kunzler (2004, p. 129) afirma: “Cuando se afirma que el entorno irrita al sistema, puede malinterpretarse que este tiene el poder de irritarlo, que lo controla, constituyendo una fuerza externa que actúa sobre el sistema y lo obliga a actuar. Para evitar este malentendido, quizás sería mejor decir que el sistema es irritado por el entorno, dejando claro que es el sistema quien selecciona, según sus criterios, las posibilidades disponibles en el entorno. Estas posibilidades, de hecho, están como en una vitrina, esperando ser seleccionadas por un sistema. Un mismo elemento puede ser seleccionado por diferentes sistemas, cada uno de los cuales lo procesa de forma distinta.

En esta condición, comienzan a operar parcialmente utilizando el código operativo del otro. (Fornasier; Rogerio, 2019)

Sin embargo, es importante aclarar que estas interacciones intersistémicas no siempre ocurren de forma saludable. De esta interacción surgen riesgos, ya que un sistema puede solaparse con otro o incluso causar la corrupción sistémica de un sistema por otro. Una interacción inadecuada y desproporcionada entre sistemas puede conducir a un colapso generalizado del sistema, mediante un bloqueo mutuo de las operaciones de los sistemas que interactúan. Esta interferencia crónica debilita un subsistema en detrimento del otro, alterando el equilibrio natural que debería existir entre los sistemas sociales. Por lo tanto, se recomienda que la interferencia entre sistemas y la influencia en ciertas funciones que desempeñan sean siempre puntuales, proporcionales, apropiadas y razonables. Cuando esto ocurre, el resultado será una contribución a la complejidad interna del sistema, que, al absorber información de otros sistemas, promoverá su evolución: la autopoiesis. (Gomes; Gonçalves, 2019)

Dentro de la teoría de sistemas sociales, el concepto de evolución es una de sus premisas básicas. Sin embargo, la evolución de los sistemas no ocurre según un plan predeterminado. No existen etapas jerárquicas predefinidas. Se lleva a cabo mediante eventos improbables e impredecibles que, en última instancia, producen ganancias evolutivas, materializadas en el aumento de la complejidad del sistema y la reorganización de sus estructuras. Incluso en sistemas que ya poseen un alto grado de complejidad y estabilización, los resultados de sus operaciones, incluso si se repiten, pueden conducir a resultados aún no alcanzados. A partir de nuevas relaciones, el sistema, basándose en sus elementos, encuentra sus propias soluciones, que pueden ser recurrentes o inéditas.

Los sistemas autopoieticos se caracterizan por la capacidad de producir sus propios elementos, elementos autoproducidos. Sin embargo, esto no significa que siempre produzcan exactamente lo mismo. De hecho, funcionan recreando constantemente nuevos elementos a partir de vínculos con elementos previos. El sistema no opera en el entorno. Se auto refiere al plano operativo. Su entorno no participa en ninguna de las operaciones de reproducción del sistema. Así, por ejemplo, una decisión tomada dentro del sistema jurídico no puede basarse únicamente en el código binario de otros sistemas ajenos al derecho, como la economía, la religión o la política. De lo contrario, nos encontraríamos ante una situación de depredación sistémica. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el fenómeno de la impunidad por delitos de corrupción política. La influencia política y el dinero, utilizados

como sobornos o como mecanismo de protección para los investigados por estos delitos, corrompen el código binario del sistema jurídico penal: la depredación sistémica. (Heringer Júnior, 2014)

Por lo tanto, se argumenta que los sistemas de comunicación son capaces de desarrollar simultáneamente sus propios elementos de aprendizaje e influencia mutuos mediante un puente de transición positivo específico (influencia intersistémica mutua) y también de actuar de forma que se sabotean mutuamente al eliminar la autonomía sistémica. La compra de votos, la compra de sentencias y los pagos ilícitos para la aprobación de un proyecto de ley determinado indican que el sistema jurídico fue incapaz de contener la embestida del sistema económico. Esto se debe a la corrupción del sistema de integridad y del sistema penal por parte de la economía o la política, a través de la influencia perjudicial del código de estos últimos sobre el primero.

Comprender la diferencia entre la depredación sistémica indeseada y la interferencia beneficiosa entre sistemas es fundamental para el desarrollo de nuestro trabajo. La interferencia intersistémica es tolerable y bienvenida porque obliga al sistema a adaptarse a nuevas demandas: la evolución. Ocurre momentáneamente y solo afecta a ciertas operaciones. Por otro lado, la corrupción crónica provoca la distorsión y deslegitimación del sistema, socavando la función de acoplamiento estructural. Además, la autonomía del sistema queda comprometida. Un ejemplo de lo que argumentamos es el activismo judicial. Cuando una decisión judicial que interfiere con otro sistema social se toma sin la debida reflexión y utilizando técnicas inadecuadas, como en el caso de un mandato para la implementación o corrección de políticas públicas, esto puede resultar en la violación o el menoscabo del derecho que busca proteger.

Esta superposición de otros códigos (influencia política y recursos financieros) en el sistema de justicia penal es lo que conduce a su disfuncionalidad, deslegitimación e ineficiencia. Por lo tanto, para que los sistemas evolucionen correctamente, sus referencias internas deben obedecer al mecanismo de cierre operativo y, al mismo tiempo, a la apertura cognitiva al entorno y a otros sistemas, seleccionando información de otros sistemas o del entorno. Este cierre operativo del sistema le otorga su propia unidad y, a la vez, permite la apertura a su entorno. El sistema acepta la interferencia externa siempre que pueda ser comprendida por su código binario. A partir de ahí, realiza un procesamiento interno, manteniendo su función y esencia que lo distingue de otros sistemas, pero volviéndose más complejo. En otras palabras, el cambio es causado por la interferencia externa, pero el

procesamiento es siempre interno y se limita a las características operativas del propio sistema. (Gomes; Gonçalves, 2019)

Aunque cada subsistema opera de forma diferente, posee su propia capacidad organizativa y se describe a sí mismo según su propio código binario, a partir de una irritación en la comunicación con los demás subsistemas, puede formular nuevas decisiones y evolucionar, creando nuevas normas (sistema jurídico), reconociendo nuevas oportunidades (sistema económico), descubriendo nuevos tratamientos o curas para patologías (sistema médico), o incluso identificando nuevos riesgos para la integridad, la necesidad de reformas en los pilares del sistema de integridad, la actualización de los estándares de cumplimiento o las exigencias de actualización del código ético o de conducta (sistema de integridad pública). En otras palabras, al tratar con la complejidad del ambiente y su entorno, el subsistema puede auto modificarse mediante la autopoiesis y, por lo tanto, absorber problemas más complejos, reducir la complejidad del entorno y, en consecuencia, volverse más complejo.

En el entorno social —el sistema integral de todas las comunicaciones— existen diversos sistemas sociales estructurados según su función en la sociedad. A medida que la evolución social avanza, los sistemas se diferencian funcionalmente, adquiriendo un alto grado de complejidad y cierre operativo. Una cuestión importante que plantea la teoría de Luhmann se refiere a la diferencia entre función y servicio. La relación entre un sistema social y el conjunto está determinada por su función específica. La relación entre sistemas sociales, en cambio, se da a través de servicios. El sistema jurídico, por ejemplo, tiene una sola función. Sin embargo, también trabaja en conjunto con otros subsistemas sociales proporcionando equivalentes funcionales. Por ejemplo, la promoción de ciertos comportamientos y la resolución de conflictos pueden lograrse de forma colaborativa entre el derecho y otros subsistemas sociales. (Heringer Júnior, 2014)

El derecho, como sistema autopoiético, produce sus propios elementos y estructuras, extrayendo solo las expectativas más problemáticas de la vida social. Solo aquellas que merecen atención especial son aseguradas por él. Para dar cuenta de la complejidad interna, el sistema se autodiferencia. Cuando el número de posibilidades dentro de él es mayor que las posibilidades, el sistema se diferencia en subsistemas. Esto se observa claramente en el sistema jurídico, que, en una línea evolutiva, se ha diferenciado en público y privado, luego en constitucional, administrativo, penal, comercial, civil, laboral, fiscal, internacional, etc. Para nuestros propósitos, podemos mencionar la diferenciación del sistema jurídico en preventivo y represivo,

dependiendo de si se aplica el código binario del sistema de integridad pública: cumplimiento (conforme o no) o el del derecho penal (lícito/ilegal o penal/no penal).

El subsistema procesal penal y el subsistema de integridad pública, aunque estructuralmente vinculados por la Constitución Federal, abordan de forma diferente las demandas de sus respectivos entornos sociales en materia de prevención y represión de conductas ilícitas. Si bien ambos pertenecen al sistema jurídico, la complejidad y las nuevas demandas sociales los han llevado a constituirse como subsistemas independientes con sus propias estructuras, funciones y códigos de funcionamiento. Los dos sistemas tienen funciones preventivas y represivas al mismo tiempo. Sin embargo, lo que define la estructura funcional y el código binario de funcionamiento de los sistemas sociales son las funciones especializadas que desarrollan. Por eso, se afirma que el sistema penal pertenece al sistema represivo y el sistema de integridad al sistema preventivo.

Se pueden identificar al menos tres diferencias importantes entre ellos. La primera es estructural. El subsistema de integridad pública se basa estructuralmente en el Derecho Administrativo y la Teoría de la Administración Pública, con sus propios principios, reglas y aplicaciones, como teoría rectora. El subsistema procesal penal, por otro lado, se basa estructuralmente en las Ciencias Penales y teóricamente en la Teoría de la Pena. La segunda gran diferencia entre ellos es funcional. La función del subsistema de integridad pública es preservar la integridad en la Administración Pública mediante el uso de técnicas de gestión de riesgos. El subsistema procesal penal tiene una función más restringida y especializada, ya que se centra en la prevención y represión de conductas penalmente relevantes: la protección de los bienes jurídicos penalmente relevantes. Otra diferencia importante se refiere al código binario utilizado por estos sistemas: el subsistema procesal penal opera con el código de delito/no delito, mientras que el subsistema de integridad opera con el código de cumplimiento/incumplimiento.

Los sistemas sociales pueden interactuar mediante un mecanismo llamado acoplamiento estructural, que funciona tanto para mantener la diferenciación sistémica como para permitir que los sistemas establezcan una relación entre ellos. Cuando se implementa de forma adecuada, el acoplamiento estructural puede conducir a una evolución natural y constante de los sistemas involucrados. Con el ruido producido a ambos lados de los sistemas acoplados, estas irritaciones generan información útil para ambos sistemas, que, a pesar de ser autopoieticos, pueden usar el acoplamiento para aumentar sus complejidades internas y mejorar su funcionamiento. La

relevancia de la información para ambos sistemas no socava la diferenciación entre ellos. (Neves, 2005)

No todos los acoplamientos estructurales son iguales ni ocurren con la misma frecuencia, intensidad y duración. Dado que el sistema participa en múltiples acoplamientos, es natural que algunos produzcan mayor irritación, sean más frecuentes e impliquen intercambios más intensos. Los sistemas pueden incluso alimentarse indefinidamente mediante un proceso comunicativo repetitivo y, en cierto sentido, casi automático. Cada sistema constituye un entorno para el otro y, por lo tanto, actúa como soporte estructural para que este seleccione elementos que se trabajarán internamente mediante la autorreferencia. Con base en estas entradas del entorno, se realizan las operaciones internas y el sistema puede evolucionar.

Por lo tanto, es necesario comprender la relación entre el subsistema de integridad pública y el subsistema procesal penal de forma integral para que puedan interactuar de forma equilibrada, sin solaparse ni perderse mutuamente hasta el punto de colapso. Con este cuidado, la interrelación entre ambos contribuirá significativamente a la evolución de la integridad del sector público y la garantía del cumplimiento. De hecho, es posible que evolucionen para aumentar la capacidad funcional del Estado y reducir los riesgos para la integridad pública.

El Poder Judicial como órgano central del sistema de persecución penal es crucial para garantizar esta capacidad funcional de reducir los riesgos para la integridad pública. Es responsabilidad del Poder Judicial, como organización dentro del sistema de persecución penal, dirigir el proceso de comunicación con el sistema de integridad pública mediante un acoplamiento estructural, que se establecería con base en el conocimiento de los procesos penales generados a lo largo del proceso penal. Este acoplamiento contendrá todos los elementos capaces de poner de manifiesto la necesidad de mejora y modificación del sistema de integridad que no logró prevenir el incumplimiento.

La teoría de sistemas sociales reconoce explícitamente el importante papel que desempeñan las organizaciones, incluido el Poder Judicial, en la construcción de una sociedad diferenciada, basándose en su capacidad de comunicarse con el entorno de los sistemas en los que operan. En este sentido, el Poder Judicial puede dirigir algunos procesos de comunicación interna dentro del sistema de integridad pública, mejorando los factores de riesgo para la integridad pública mediante la incorporación de complejidades estructurales en forma de información, producto del proceso penal, que

identifica los factores que contribuyeron al incumplimiento o al aumento del riesgo.

VII. CONCLUSIÓN

El crecimiento y la inversión en sistemas de integridad pública surgen de la comprensión de que las respuestas tradicionales del sistema penal ya no son suficientes por sí solas para controlar el nuevo perfil de la corrupción pública. La lucha contra la corrupción no debe ser ejercida únicamente por el sistema penal ni aisladamente por ningún otro sistema jurídico o social. Las estrategias anticorrupción pueden y deben ser formuladas por los diversos sistemas estatales que, directa o indirectamente, abordan este problema fenomenológico. En este contexto, gana fuerza la implementación del compliance en el sector público.

Sin embargo, es importante señalar que la existencia de programas de integridad en el sector público por sí sola no basta para ayudar al sistema represivo a controlar la corrupción. Deben funcionar eficazmente. Los programas superficiales son inaceptables. Establecer, fortalecer y mejorar constantemente los programas de integridad pública es la mejor opción en el contexto actual. Así que la comunicación intersistémica, directa y permanente, entre el sistema de prevención y el sistema de persecución de la corrupción pública constituye un nuevo intento por mejorar la eficiencia del control de la corrupción pública. Esta propuesta se basa en evidencia empírica de que los casos de corrupción pública invariablemente se repiten. No faltan ejemplos que demuestran lo que decimos.

En ese sentido, las informaciones y los datos obtenidos del proceso penal pueden ayudar a comprender las fallas que llevaron a la violación de la integridad, es decir, al delito de corrupción investigado. Con base en la información generada por el proceso penal, se puede mejorar el sistema de integridad y prevenir la repetición de actos similares. Además, proporcionará la evidencia necesaria sobre la eficacia o ineficacia del programa de cumplimiento. Así que será un elemento clave en la evaluación y actualización del programa de cumplimiento. De hecho, sus resultados permitirán verificar si el análisis de riesgos funcionó adecuadamente y si las estrategias y protocolos funcionan según lo previsto.

De lo contrario, si se mantiene el modelo actual de no comunicación, los casos de corrupción pública se repetirán y el sistema de integridad se convertirá en un sistema cosmético, establecido meramente para dar una

respuesta simbólica (ineficaz) a la necesidad de prevenir riesgos de integridad. El sistema de integridad necesita aprender de casos pasados. En este sentido, proponemos un sistema integrado de control de la corrupción capaz de garantizar una comunicación constante y eficaz entre el sistema de represión —el subsistema procesal penal— y el sistema de prevención —el subsistema de integridad pública.

Creemos que la operacionalización de la comunicación intersistémica deseada sea llevada a cabo por el Poder Judicial, a partir de una solicitud formulada por la Fiscalía, en cualquier etapa del proceso. En este sentido, las pruebas y las evidencias procedentes de los procesos penales se trasladaron técnicamente a los programas de cumplimiento de las instituciones públicas mediante una decisión judicial, lo que preservará simultáneamente los derechos fundamentales de las partes implicadas en los procesos, salvaguardará la independencia de los poderes del Estado y materializará el derecho fundamental a la buena gobernanza y a la buena administración.

Así que, en su sentencia, el juez comunicará que la gestión del riesgo de las violaciones a la integridad no fue suficiente para prevenir el caso de corrupción pública y que, por lo tanto, la Administración Pública debería adoptar medidas para la mejora del programa de compliance, de manera a evitar que casos similares no se repitan por las mismas fallas constatadas nel caso juzgado. Si no se adoptan las medidas de reforma necesarias y el delito de corrupción se repite debido a esta conducta negligente, el administrador público podrá ser considerado responsable como cómplice o como autor principal, según su grado de participación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BACHUR, J. P. (2020). A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 36 (n. 2), p. 77-94.
- BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. (2007) *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed. Lumen Juris.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. (2003). A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica Nueva Época*, (n. 22), p. 17-29.
- CUERVO-CAZURRA, A.; CIRAVEGNA, L.; MELGAREJO, M.; *et al.* (2018). Home country uncertainty and the internationalization-performance relationship: Building an uncertainty management capability. *Journal of World Business*, v. 53 (n. 2), p. 209–221.
- FERREIRA FILHO, M. G. (2021). Corrupção e democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, p. 213–218.

- FERREIRA, T. M. (2022). A instrumentalidade constitucional democrática da investigação penal. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, v. 13 (n. 9), p. 289-319.
- FORNASIER, M. O; ROGERIO, M. S. (2019). Política, energia e impactos ambientais: da construção de hidrelétricas no rio Uruguai sob a ótica da teoria dos sistemas autopoieticos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 22 (n. 35), 2019. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2548>> Acesso em: 11 nov. 2024.
- FRIDRICZEWSKI, V; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2023). *En busca de estrategias 360 anticorrupción*. [s.l.]: Tirant lo Blanch, Disponível em: <<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411695480>>.
- FREITAS, J. (2007). *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. Malheiros Editores.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1997). *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*, 2. ed., Revista dos Tribunais.
- GOMES, M. F; GONÇALVES, L. Q. (2019). As relações entre os subsistemas sociais do direito e da política: sustentabilidade, interferência e corrupção sistêmica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 24 (n. 9).
- GÓMEZ DE LA TORRE, I. B; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2009). Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17 (n. 81), p. 9-35.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (2018). Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales. *Política criminal*, v. 13 (n. 25), p. 104–143.
- HUANG, C. J. (2016). Is corruption bad for economic growth? Evidence from Asia-Pacific countries. *The North American Journal of Economics and Finance*, v. 35, p. 247–256.
- HERINGER JÚNIOR, B. (2014). Niklas Luhmann e o direito da sociedade. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, v. 9, p. 89-123.
- HUNTINGTON, S. P.; FUKUYAMA, F.; OSZLAK, O.; et al. (2006). *El orden político en las sociedades en cambio*. Paidós.
- JUCA, F. P. (2017). Direito fundamental a um bom governo. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 11 (n. 2), p. 121-134.
- KLITGAARD, Robert E. (1984). *Controlando la corrupción: una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*. Editorial Sudamericana.
- KUNZLER, C. M. (2004) A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de sociologia*, v. 9 (n. 16).
- LAPORTA, F. J. (1997). La corrupción política: introducción general. In: LAPORTA, F. J; Alvaréz. S. La Corrupción política. Alianza.
- LEFF, N. H. (1964). Economic Development Through Bureaucratic Corruption. *The American behavioral scientist (Beverly Hills)*, v. 8 (n. 3), p. 8–14.

- LEYS, C. (1965). What is the Problem about Corruption? *The Journal of Modern African Studies*, v. 3 (n. 2), p. 215–230.
- LOPES JÚNIOR, A. (2001). A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*. v. 2, p. 11-33
- LUHMANN, N. (2016). *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Vozes.
- MALEM SEÑA, J. F. (2002). *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. 1a. ed. Gedisa.
- MEDAUAR, O. (1992). *O direito administrativo em evolução*. Revista dos Tribunais.
- NAÍM, M.; KOBRIN, S. J.; GLYNN, P. (2001). *La globalización de la corrupción*. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). *La corrupción en la economía global*. Limusa, p. 21–46.
- NEVES, R. F. (2005). *Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*. [Dissertação Mestrado em Sociologia, Universidade de São Paulo]. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/>>.
- NIETO, A. (1997). *La Corrupción en la España democrática*. Ariel.
- OLIVEIRA FILHO, J. G.; CASTRO NASCIMENTO, R.; DIAS NASCIMENTO, J. M. C. P. (2023). “Comunicação intersistêmica: a modulação dos efeitos da decisão enquanto operação de abertura cognitiva do sistema jurídico. *Revista UNIFACS*, n. 276.
- PONCE SOLÉ, J. (2013). La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local: (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, *Anuário del Gobierno Local 2012*, p. 93-140.
- QUERALT, J. J. (2016). Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n. 2, p. 1-11.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012) *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Editorial Reus, (Colección de Derecho Constitucional).
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2023). El sistema penal español en tiempos de compliance: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos? *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 160, p. 1-16,
- SALMÓN, E. (2014). El buen gobierno en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y su relevancia para el estado peruano. In: *Buen Gobierno y Derechos Humanos: Novas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la Administración Pública en Perú*. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SIEBER, U. (2013). Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: Arroyo Zapatero, L. A.; Nieto Martín, A. *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Tirant lo Blanch, p. 63-110.

TI - Transparência Internacional. (2016). Corruption Perceptions Index 2015. Berlin, Germany. <https://www.transparency.org/en/cpi/2015>.

- Global Corruption Barometer. (2016). <https://www.transparency.org/en/publications/people-and-corruption-europe-and-central-asia->.
- Global Corruption Barometer. (2021) https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2021/06/GCB_EU_2021-WEB.pdf.
- Índice de Percepção da Corrupção. (2023), https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corrupcao-2023?_gl=1*_hzbv5p*_ga*MTc1MzcwNzQzOC4xNzQ1ODg5Mjl3*_ga_E136MXN2HN*czE3NTA4MDk2MzMkbzUkZzAkdDE3NTA4MDk2MzMkajYwJGwwJGgw.
- Índice de Percepção da Corrupção. (2024), https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2024?_gl=1*_1qhlytb*_ga*MTc1MzcwNzQzOC4xNzQ1ODg5Mjl3*_ga_E136MXN2HN*czE3NDkzMDM5NDckbzlkZzEkdDE3NDkzMDQzNjMkajU5JGwwJGgw.

UE - Unión Europea. Tratado de Lisboa. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf.

- Tratado de Nice. Altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12001C/TXT>.

WHATSAPP EN LOS TRIBUNALES: AUTENTICIDAD, INTEGRIDAD Y VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA DIGITAL

Whatsapp in court: authenticity, integrity and judicial evaluation of digital evidence

LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ

Profesora Ayudante Doctora Universidad de Oviedo
alvarezslaura@uniovi.es

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL. III. LA PRUEBA DIGITAL: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y FASES. IV. LAS CONVERSACIONES DE WHATSAPP COMO PRUEBA: 1. LOS PROBLEMAS DE AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD Y RIESGOS DE MANIPULACIÓN, 2. LA IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA, 3. LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA VALORACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Resumen: El presente trabajo analiza la aportación de conversaciones de WhatsApp en el proceso judicial, atendiendo a su encaje en el régimen general de la prueba sin necesidad de una regulación específica. Se examinan las particularidades de la prueba digital y, en especial, los problemas de autenticidad, integridad y riesgos de manipulación que presentan estas comunicaciones. Asimismo, se estudia su impugnación y el tratamiento jurisprudencial, destacando la doctrina del Tribunal Supremo, que permite su valoración aún sin prueba pericial cuando existan elementos corroboradores. Finalmente, se abordan los distintos medios de acreditación, subrayando la idoneidad de la prueba pericial informática frente a otros medios más débiles, y la necesidad de una valoración casuística basada en indicios y elementos periféricos concurrentes.

Abstrac: This paper analyses WhatsApp conversations as a means of evidence in judicial proceedings, considering their integration within the general framework of evidentiary rules without the need for specific regulation. It examines the particular features of digital evidence and, in particular, the issues of authenticity, integrity, and risks of manipulation inherent in such communications. It also addresses their challenge and the relevant case law, highlighting the doctrine of the Supreme Court, which allows their assessment even in the absence of expert evidence where corroborating elements exist. Finally, it explores the various means of proof, emphasizing the suitability of expert evidence over weaker alternatives, and the need for a case-by-case assessment based on concurrent indicia and surrounding elements.

Palabras clave: prueba digital, WhatsApp, pantallazos, conversaciones, mensajes.

Keywords: digital evidence, WhatsApp, screenshots, conversations, messages.

Listado de Abreviaturas

CE	Constitución Española
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

La progresiva digitalización de las relaciones sociales y económicas ha tenido un impacto directo en el ámbito procesal, transformando de manera significativa los medios a través de los cuales se generan, conservan y aportan los elementos probatorios en el proceso judicial. En este contexto, las comunicaciones electrónicas han adquirido un protagonismo indiscutible, destacando, entre ellas, las conversaciones mantenidas a través de aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, cuya utilización se encuentra hoy plenamente generalizada.

La incorporación de este tipo de comunicaciones al proceso plantea, sin embargo, relevantes desafíos desde la perspectiva del Derecho procesal. A diferencia de los medios probatorios tradicionales, las conversaciones de WhatsApp presentan ciertas singularidades técnicas que inciden directamente en su valoración jurídica, especialmente en lo que respecta a su autenticidad, integridad y posible manipulación. La facilidad con la que pueden generarse, modificarse o descontextualizarse estos contenidos digitales obliga a extremar las cautelas en su admisión y valoración, impidiendo que su aparente verosimilitud se traduzca en una indebida atribución de eficacia probatoria. En este escenario, la Jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental en la delimitación de los criterios aplicables a este tipo de prueba, configurando un marco interpretativo que trata de conciliar las exigencias de la realidad tecnológica con las garantías propias del proceso judicial, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de las conversaciones de WhatsApp como medio de prueba en el proceso judicial, prestando especial atención a los problemas que se suscitan en relación

con su autenticidad e integridad, así como a los riesgos de manipulación que presentan. Asimismo, se examina el tratamiento jurisprudencial de su impugnación y los criterios empleados por los órganos judiciales para su valoración, con la finalidad de ofrecer una visión sistemática y crítica de esta realidad probatoria.

El presente estudio se estructura en diversos epígrafes. En primer lugar, se aborda el concepto y la función de la prueba en el proceso judicial. Seguidamente, se examina la prueba digital, atendiendo a su noción, características y fases. Después se procede al análisis específico de las conversaciones de WhatsApp como medio de prueba, incidiendo en sus principales problemáticas, en los mecanismos de impugnación y en los medios de acreditación, así como en su valoración por el órgano judicial. Por último, se exponen una serie de conclusiones, siendo una de las principales que la valoración de las conversaciones de WhatsApp en aras a otorgarles eficacia probatoria exige prudencia y rigurosidad por parte del órgano judicial, realizando una ponderación conjunta de todos los medios de prueba y en la aplicación de criterios de razonabilidad que permitan enlazar las exigencias de la realidad tecnológica con las garantías propias del proceso.

II. LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL

El artículo 24 CE establece el derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto “(...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. En la Jurisdicción penal la presunción de inocencia, en líneas generales, evidencia la relevancia de la prueba y la necesidad de creer en la inocencia de cualquier persona hasta que la prueba practicada en el acto del juicio oral, en el marco de un procedimiento judicial garantista, demuestre lo contrario. La extensa doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia se apoya en el principio de libre valoración de la prueba (*ex* artículo 741 LECrim)¹, que corresponde exclusivamente a los Tribunales (*ex* artículo

¹ Sobre el principio de libre valoración de la prueba (*ex* artículo 741 LECrim), el TC en su sentencia 31/1981, de 28 de junio (ECLI:ES:TC:1981:31) sanciona que supone que “los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabili-

117.3 CE), y declara que el derecho a la presunción de inocencia exige que las sentencias condenatorias se sustenten en actos de prueba que, en virtud de los principios procesales, en concreto los de contradicción y defensa, comprendan la realidad de los hechos y lo concerniente a la participación del acusado; correspondiendo a las partes acusadoras la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que pueda constitucionalmente imponerse a la defensa la carga de probar los hechos negativos (STC 133/1994, de 9 mayo, ECLI:ES:TC:1994:133).

La interpretación del principio de presunción de inocencia debe realizarse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 o el Pacto de Derechos civiles y Políticos de 1976 (*ex* artículo 10 CE). De los citados textos se desprende claramente que la presunción de inocencia sólo se desvirtúa cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías. De acuerdo con esto, el TC establece cuatro exigencias que la presunción de inocencia introduce en el proceso penal: a) la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabólica* de los hechos negativos; b) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; c) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; y por último, d) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración (SSTC 76/1990, de 26 de abril [ECLI:ES:TC:1992:138] y 138/1992, de 13 de octubre [ECLI:ES:TC:1992:138]).

La presunción de inocencia está estrechamente ligada al principio *in dubio pro reo* en virtud del cual en caso de duda sobre la culpabilidad del reo

dad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 de la L. E. Crim., son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*)”.

el órgano jurisdiccional debe absolver. Ambos principios son manifestación de un genérico *favor rei*, pero existe una diferencia sustancial entre ellos, de forma que su ámbito de aplicación no puede ser equiparado. Así, mientras la presunción de inocencia despliega sus efectos cuando se carece de un acervo probatorio con cargo suficiente y el resultado no puede ser otro que la absolución, el principio *in dubio pro reo* solo actúa si existen dudas al ponderar las pruebas de cargo y de descargo con arreglo al principio de libre valoración de la prueba. En palabras del TC “el principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera, la aplicación del referido principio se excluye cuando «el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas»” (STC 63/1993, de 1 de marzo, ECLI:ES:TC:1993:63, fundamento jurídico 4). De forma similar, en la Jurisdicción civil el actor debe probar los hechos fácticos en los que fundamenta la pretensión o pretensiones de su demanda, pues en caso contrario se desestimará².

La prueba debe proponerse y ser admitida por el Tribunal para después practicarse bajo la intermediación del Juez de forma oral y públicamente, con las restricciones derivadas de la tutela de los intereses y derechos constitucionalmente establecidos en el artículo 120 CE. Así, el TS en su sentencia número 957/2007, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7647) declara que la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 CE abarca entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los órganos jurisdiccionales y que las sentencias estén motivadas. La motivación de las sentencias debe ser suficiente, clara, razonada y comprensible, explicando el razonamiento jurídico que lleva al fallo, de manera que no sea arbitraria y pueda ser controlada. El Tribunal debe valorar la prueba según las reglas de la lógica, la experiencia y la razón (*ex* artículo 348 LEC), no pudiendo basarse en una prueba aislada ignorando las demás, sino realizando una valoración global de todo el acervo probatorio. Por tanto, la sentencia debe expresar qué pruebas considera más relevantes, por qué les otorga credibilidad y por qué descarta otras, exteriorizando el *iter lógico* que le lleva a declarar unos hechos como probados. En consecuencia, el derecho a la presunción de inocencia solo puede considerarse conculcado cuando los órganos judiciales hayan fundamentado la condena valorando una actividad probatoria perniciosa de otros derechos fundamentales o ca-

² De Aguilar Gualda, Salud. *La prueba digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal*, Boch Editor, Barcelona, 2019, pp. 14 y 15.

rente de garantías, cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el *iter* discursivo que lleva de la prueba al hecho declarado probado (STC 16/2012, de 13 febrero, ECLI:ES:TC:2012:16)³.

El artículo 11.1 LOPJ sanciona expresamente que “(...) no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. El citado precepto prevé aquellos supuestos en que se obtienen pruebas vulnerando algún derecho fundamental, supuestos que parte de la doctrina denomina “pruebas ilícitas”⁴. No obstante, existen otros autores que introducen una mayor precisión conceptual al distinguir entre prueba ilícita y prueba prohibida, al considerar que la primera se refiere a la prueba que conculca cualquier Ley, ya sea la CE o la legislación ordinaria, mientras que la prueba prohibida es aquella que viola en su adopción o en su ejecución los preceptos constitucionales que regulan los derechos fundamentales⁵.

La mención del artículo 11.1 LOPJ a la obtención “directa o indirectamente” de pruebas con lesión de derechos fundamentales amplía la interdicción no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido prohibida sino también a las pruebas practicadas por medios que no vulneran la CE, pero derivadas de hechos acreditados a partir de pruebas obtenidas con fuentes lesivas de derechos fundamentales. Este planteamiento se conoce como la doctrina del fruto del árbol envenenado, de origen estadounidense⁶.

La jurisprudencia constitucional ha ido incorporando criterios de flexibilización de la regla sobre la prueba ilícita, como el supuesto de “prueba derivada” que se refiere a la prueba que se obtiene de forma legal, pero a partir de hechos que se investigaron de forma ilícita (SSTC 49/1999, de 5 de abril [ECLI:ES:TC:1999:49], 94/1999, de 31 de mayo [ECLI:ES:TC:1999:94] y 259/2005, de 24 de octubre [ECLI:ES:TC:2005:259]). Así, el TS confectó la tesis de la “conexión de antijuricidad” en virtud de la cual no toda prueba derivada de una fuente de prueba ilícita es también ilícita, sino solo

³ De Aguilar Gualda, Salud. “*La prueba digital en el proceso judicial...*”, op. cit., p. 17.

⁴ De Aguilar Gualda, Salud. “*La prueba digital en el proceso judicial...*”, op. cit., p. 23.

⁵ La prueba ilícita y la prueba prohibida también se diferencian en sus efectos, así mientras la prueba ilícita puede dar lugar a una nulidad de actuaciones, la prueba prohibida origina o bien la exclusión del medio prueba al inicio del juicio oral o la prohibición de la valoración de su resultado en la sentencia (Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edición 1ª (Ediciones Jurídicas Castillo de Luna Madrid, 2015), p. 598).

⁶ De Aguilar Gualda, Salud. “*La prueba digital en el proceso judicial...*”, op. cit., p. 23.

en determinadas condiciones. De acuerdo con esta doctrina no existe conexión de antijuricidad siempre por el hecho de que la prueba de cargo inicial sea ilícita, sino que para ello es necesario realizar un razonamiento lógico deductivo que permita establecer: a) las características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria; b) cuál es su resultado, con la finalidad de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; y por último, c) las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del vulnerado exige (SSTS 11/2002, de 16 de enero, [ECLI:ES:TS:2002:130], 19/2003, de 10 de enero [ECLI:ES:TS:2003:39], 1033/2005, de 15 de septiembre [ECLI:ES:TS:2005:5300], 974/2012, de 5 de diciembre [ECLI:ES:TS:2012:8701] y 623/2018, de 5 de diciembre [ECLI:ES:TS:2018:4146])⁷.

III. LA PRUEBA DIGITAL: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y FASES

En nuestro ordenamiento jurídico la regulación de la prueba electrónica es somera y poco pormenorizada, lo que conlleva a que todavía no exista una norma o disposición legal que defina que es la prueba digital y prevea de forma detallada su práctica, aunque se pueden observar múltiples referencias legislativas hacia figuras como el documento electrónico o la firma electrónica⁸. A pesar de ello, la doctrina define la prueba digital o electrónica como toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio, pudiendo ser dicha información de cualquier clase siempre que tenga efectos para acreditar hechos⁹. Destacando de este concepto los siguientes elementos: a) puede tratarse de cualquier información; b) debe ser necesariamente producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos y; c) debe tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto en cualquier orden jurisdiccional¹⁰.

Los rasgos que caracterizan las pruebas digitales son los siguientes: a) intangibilidad, se encuentran en formato electrónico, pudiéndose copiar la información que contienen tantas veces como se desee; b) volatilidad, son

⁷ De Aguilar Gualda, Salud. “*La prueba digital en el proceso judicial...*”, op. cit., p. 23-24.

⁸ Bueno De Mata, Federico. “La prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro: España. En *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*, Bujosa Vadell, Lorenzo (Tirant lo Blanch, Valencia, 2018), p. 573.

⁹ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”. *Diario La Ley*, Núm. 3841, 2017, p. 1.

¹⁰ Delgado Martín, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones* (Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016), pp. 42 y 43.

mudables, inconstantes y pueden modificarse; c) ser debiles, pueden ser borradas y también pueden destruirse los soportes físicos en que se almacenan; d) parcialidad, en ocasiones las evidencias electrónicas se encuentran en soportes, ya sean físicos o virtuales, que están en poder de la parte contraria en el proceso o, incluso, de un tercero; e) ser intrusivas, a veces la obtención de evidencias digitales puede afectar a los derechos y libertades fundamentales como el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) o derecho a la autodeterminación informativa (artículo 18.4 CE)¹¹.

Se resaltan como principales ventajas de la prueba electrónica las siguientes: a) proporcionan información exacta, compleja, clara, precisa, veraz, objetiva, novedosa y neutra; b) es una prueba sólida, útil, fiable, viable y esencial para probar determinados hechos o situaciones que antes no se podían llegar a acreditar debido al desconocimiento del uso de las nuevas tecnologías y; c) su obtención, uso, conservación y almacenamiento es fácil. Y, como principales inconvenientes esgrime: a) la ausencia de regulación propia y sistemática; b) que se trata de una materia muy técnica que exige conocimientos específicos; c) la dificultad para aportar al Tribunal de forma comprensible la información; d) la mayor dificultad para que las pruebas electrónicas sean aceptadas por los Tribunales dado que éstos exigen mayores garantías que con otras pruebas; e) la falta de infraestructura técnica en los órganos judiciales para reproducir la información contenida en los soportes digitales; f) el alto coste de examinar e interpretar la información contenida en la prueba electrónica; g) la dificultad para probar la autenticidad, integridad, fiabilidad y origen de los datos; h) la fácil manipulación de los datos; i) la dificultad para identificar al autor del delito y; j) la complejidad para establecer el valor jurídico de la prueba¹².

La ausencia de una regulación específica de la prueba electrónica no es un obstáculo para que pueda aportarse al proceso, pues como ya se ha puesto de manifiesto el artículo 24 CE establece el derecho de todas las personas a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, lo que implica que cualquier medio de prueba puede alcanzar valor probatorio, incluso la prueba electrónica. Sin embargo, ante la carencia de una regulación específica se aplican las disposiciones generales de la LEC, cobrando una

¹¹ Pinto Palacios, Fernando y Pujol Capilla, Purificación. *La prueba en la era digital*, (Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017), pp. 28-29.

¹² Pinto Palacios, Fernando y Pujol Capilla, Purificación. “*La prueba en la era digital...*”, op. cit., pp. 30 y 31.

especial relevancia el artículo 299 y, en concreto, sus apartados 2 y 3. El artículo 299. 2 LEC establece que se admitirán como medios de prueba “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. Se ha puesto de manifiesto que la Exposición de Motivos de la LEC pretende que las pruebas electrónicas se incorporen en los preceptos que regulan las pruebas documentales públicas y privadas, al declarar que “resulta obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permitan recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas (...) la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales”¹³. Por su parte, el artículo 299.3 fija una cláusula abierta que permite que las partes puedan valerse de cualquier medio probatorio que no esté expresamente previsto en la Ley para probar los hechos que fundamentan sus pretensiones, al disponer que “cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”. Otros preceptos de la LEC con gran incidencia para la prueba electrónica son los artículos 382 a 384, 300.1, 327, 333, 334, 352, 452 y 812 LEC. No obstante, hay autores que muestran cierto escepticismo a que LEC realmente contenga preceptos que regulen de forma suficiente la prueba electrónica¹⁴.

Las tres fases comunes a toda prueba electrónica son las siguientes: a) la obtención de la prueba que se refiere al acceso a las fuentes de prueba electrónica; b) la incorporación al proceso de la información o los datos obtenidos que debe tener lugar a través de un concreto medio probatorio previsto por el ordenamiento. Y, por último, c) la valoración de la prueba por el Juez o Tribunal de enjuiciamiento. A continuación, se desarrollará cada una de estas fases.

El acceso a las fuentes de prueba, es decir, a la información o los datos necesarios para acreditar los hechos antes de aportarlos al proceso, puede

¹³ Pérez-Salazar Resano, Margarita. “Cuestiones prácticas sobre la prueba en Derecho de Familia”. *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 105, 2024, p. 42.

¹⁴ Bueno De Mata, Federico. “La prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro...”, op. cit., pp. 575 y 576.

ser realizado por las partes o por la autoridad pública correspondiente. En la prueba digital se trata de obtener información u otros datos producidos o almacenados en un dispositivo electrónico, o bien transmitidos en forma electrónica a través de redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija, móvil u otras. Así, en la obtención de este tipo de prueba existen dos modalidades: el acceso a datos contenidos en dispositivos electrónicos y el acceso a datos transmitidos por redes de comunicación. A los efectos analizar, más adelante, los mensajes de WhatsApp nos centraremos en la primera modalidad, el acceso a datos contenidos en dispositivos electrónicos que se refiere a la obtención de datos recogidos en un determinado sistema o equipo a través de su posesión material o física, bien porque se encuentra legítimamente en poder de la parte que pretende utilizar la información como prueba o bien porque ha sido aprehendido por la autoridad judicial competente. Si los datos están en poder de la parte interesada en utilizarlos como prueba en el proceso caben dos probabilidades, la primera que los datos se contengan en un dispositivo propio, esto es, del que es titular la persona interesada; o que la información se encuentre en un dispositivo ajeno de forma que los datos solo podrían ser aportados al proceso si el titular del dispositivo presta su consentimiento o si se obtiene una orden judicial. En el supuesto de que no mediase ni consentimiento ni autorización judicial y se accediese a los datos, se estaría produciendo una vulneración de los derechos fundamentales, y, en consecuencia, la prueba sería prohibida¹⁵. En consecuencia, el principal problema que se presenta en la fase de obtención de la prueba electrónica estriba en la posible vulneración de derechos fundamentales, ya que se pueden ver afectados el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), el secreto a las comunicaciones (artículo 18.3 CE) y el derecho a la autodeterminación informativa en el ámbito de la protección de datos personales (artículos 18.4 CE). Asimismo, en aquellos supuestos en que se accede a la información del dispositivo electrónico mediante la entrada y registro de un domicilio determinado también se puede vulnerar el derecho de la inviolabilidad domiciliaria (artículo 18.2

¹⁵ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba digital. Concepto, clases...”, op. cit., p. 2. En los procedimientos de familia los supuestos más habituales de aportación de prueba documental o electrónica obtenida con vulneración del derecho a la intimidad son los siguientes: a) aportación de documentos personales del otro cónyuge, siendo necesario indagar sobre la forma de obtención de la información/documentación; b) la aportación de información “*secreta*” en el sentido de que para acceder a ella un cónyuge se apodera de las claves o contraseñas del otro y; c) los informes médicos del otro progenitor (Pérez-Salazar Resano, Margarita. “Cuestiones prácticas sobre la prueba...”, op. cit., p. 42).

CE) y, en los casos en que se capten fotografías y/o se graben vídeos se puede perturbar el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE)¹⁶.

Sin embargo, cuando se pretende aportar al procedimiento la grabación de una conversación no es necesario que todas las partes que forman parte de la misma presten su consentimiento a los efectos de no lesionar el artículo 18.1 CE e incurrir en el supuesto del artículo 11.1 LOPJ, sino que basta con que solo uno de los interlocutores haya prestado su consentimiento para que la prueba no sea considerada prohibida y, en consecuencia, pueda ser valorada por el Tribunal. Así lo ha puesto de manifiesto el TS en su sentencia 145/2023, de 2 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:746) al declarar expresamente que “la utilizabilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad en la grabación de todos los partícipes o contertulios; ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para la fijación en un soporte de la conversación. Es suficiente que uno de los comunicantes o interlocutores preste su consentimiento para la intervención y grabación por un tercero para que resulte inoperante la cláusula de exclusión del art. 11 LOPJ. Es un elemento probatorio valorable. Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes ni de la autoridad judicial convierte en inutilizable ese medio probatorio”.

La segunda fase de la prueba digital consiste en la incorporación de la información recabada al proceso judicial, esta entrada de información debe tener lugar a través de un específico medio probatorio que esté permitido en el ordenamiento; y ha de respetar el procedimiento que prevé la legislación procesal, de forma que pueda ejercitarse válidamente el derecho de prueba¹⁷. En el entorno digital los datos contenidos en una fuente de prueba (dispositivo electrónico o transmitidos por una red) se introducen al proceso en un soporte concreto, lo que determina el medio de prueba utilizado¹⁸, en principio todos los medios de prueba previstos en el artículo 299 LEC son aptos para incorporar al proceso datos electrónicos. Desde los más tradicionales como la prueba documental (pública o privada), la pericial, el reconocimiento judicial, o incluso, la testifical o el interrogatorio de partes o del acusado si han tenido contacto con el dispositivo electrónico en cuestión. Hasta el documento electrónico previsto en el artículo 299.2

¹⁶ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp”. *LA LEY*, Núm. 5350, 2015, p. 2 y De Prada Rodríguez, Mercedes. “La prueba digital: especial incidencia en los procesos de familia”. *LA LEY Derecho de Familia*, Núm. 20, 2018, p. 6.

¹⁷ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp...”, op. cit., p. 2.

¹⁸ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp...”, op. cit., p. 2.

LEC que alude a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, sin olvidar la cláusula abierta del artículo 299.3 LEC. Pudiendo emplearse en un mismo proceso acumulativamente varios medios probatorios, de forma que podría aportarse al procedimiento el *smartphone* en el que se encuentre la conversación de WhatsApp, junto con la transcripción escrita de la misma instando el cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia; y la testifical o interrogatorio de parte o del propio acusado sobre el contenido de la conversación de WhatsApp¹⁹.

En cuanto a la última fase de la prueba digital, la valoración de la prueba por el Juez o Tribunal de enjuiciamiento, debemos comenzar destacando que valorar la prueba significa conferirle a la información o a los datos aportados al proceso la credibilidad que tienen de acuerdo con el sistema de valoración previsto. La prueba electrónica solo podrá desplegar eficacia probatoria y ser objeto de valoración por parte del Juez o Tribunal si cumple con los requisitos de obtención e incorporación al proceso²⁰. La regla general en materia de prueba electrónica es el sistema de libre valoración, así se desprende del artículo 384.3 LEC que dispone que los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso se valorará conforme “a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”, mismo sistema de valoración se prevé en el proceso penal, al expresar el artículo 741 LECrim que “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”²¹.

Cuando el Juez valora la prueba electrónica conforme a las reglas de la sana crítica debe tener en cuenta dos de sus características: la primera la autenticidad de su origen y la segunda la integridad de su contenido, si alberga dudas sobre alguna de ellas lo más probable es que rechace su eficacia probatoria. En el ámbito de la prueba digital la autenticidad se refiere a la propiedad o característica consistente en la aseveración de la certeza del origen de los datos, si de la valoración conjunta de los elementos pro-

¹⁹ Fuentes Soriano, Olga. “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”. *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 44, 2018, p. 19.

²⁰ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba digital. Concepto, clases...”, op. cit., p. 1.

²¹ Pinto Palacios, Fernando y Pujol Capilla, Purificación. “La prueba en la era digital...”, op. cit., pp. 20 y 21.

batorios se infieren circunstancias que hacen que el Juez cuestione la autenticidad de la prueba electrónica practicada, la aplicación de la sana crítica le llevará a la negación de la fuerza probatoria de la prueba. Por su parte, la integridad se refiere a la propiedad o característica que comprueba que los datos no han sido alterados de forma no autorizada, es decir, se trata de aplicar la cadena de custodia a este ámbito (preservación de los datos). Si tras la práctica de los medios probatorios, surgieran elementos que hicieran concluir que ha existido una manipulación de la prueba electrónica, el Juez probablemente también rechazará la eficacia probatoria de la misma²².

IV. LAS CONVERSACIONES DE WHATSAPP COMO PRUEBA

En los procedimientos judiciales es frecuente que se aporte como prueba mensajes y/o conversaciones de WhatsApp. El WhatsApp es una aplicación para teléfonos móviles que permite que sus usuarios puedan mantener comunicaciones entre ellos, siendo sus principales características las siguientes: a) el WhatsApp posibilita tanto la remisión de mensajes de texto como el envío de fotografías, notas de audio y vídeos, incluso, permite compartir contactos o la propia ubicación; b) la información transmitida no es conservada por un servidor externo a los dispositivos electrónicos de los comunicantes, así que la autoridad judicial no puede solicitar a la empresa prestadora del servicio de mensajería instantánea que certifique el contenido de los mensajes, su acreditación ha de partir de los propios dispositivos móviles de los comunicantes; c) el administrador de la aplicación proporciona la transmisión o el tránsito de la información entre los comunicantes y utiliza protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de la información; d) es disponible en multiplataforma (*IOS, Android, Windows Phone o BlackBerry OS*); e) genera datos de tráfico que circulan por la red de telecomunicaciones conjuntamente con las comunicaciones electrónicas que no constituyen el contenido de la conversación, pero que pueden resultar de utilidad para el proceso judicial²³.

A continuación, se expondrán los problemas de autenticidad e integridad y los riesgos de manipulación de las conversaciones mantenidas a través de WhatsApp, la impugnación de este tipo de conversaciones, así como los

²² Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp...”, op. cit., p. 1.

²³ Delgado Martín, Joaquín. “*Investigación tecnológica y prueba digital...*”, op. cit., pp. 180 y 181.

medios de prueba idóneos para incorporarlas al proceso y para acreditar su contenido.

1. LOS PROBLEMAS DE AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD Y RIESGOS DE MANIPULACIÓN

Las peculiaridades técnicas de la aplicación de mensajería instantánea de WhatsApp comportan vulnerabilidades que inciden directa e inevitablemente en el grado de fiabilidad de cualquier conversación que se aporte a un determinado proceso judicial con el objetivo de acreditar la existencia del contenido de los mensajes intercambiados por medio de WhatsApp.

La primera debilidad de la plataforma de WhatsApp consiste en que la información transmitida no es conservada en un servidor externo perteneciente al administrador de la aplicación, sino que solo se guarda en el dispositivo de quienes se comunican por lo que cualquiera de los comunicantes puede borrar total o parcialmente el contenido de la conversación desapareciendo la misma del terminal²⁴. El único modo de garantizar la existencia de los contenidos de una conversación de WhatsApp es mediante los teléfonos móviles de las personas que han intervenido como receptor y emisor respectivamente, pues los datos no se almacenan en la tarjeta *SIM*, sino en la memoria interna del aparato o en la tarjeta de la memoria tipo *SD*, la cual, si es trasladada a otro terminal no puede recuperar la información que ha sido borrada intencionadamente por el usuario²⁵.

Otra vulnerabilidad de WhatsApp radica en la existencia de mecanismos que permiten manipular sus conversaciones tanto creando mensajes de texto nuevos, como editando los recibidos o simulando el envío y la recepción de los mismos, llegando, incluso, a alterar hasta su hora. En concreto, sin que sean necesarios altos conocimientos técnicos se puede acceder a la plataforma de WhatsApp manipulando la red local *Wi-fi*. Asimismo, existen otros métodos más toscos o vulgares como asignar un nombre de usuario a la persona que se quiere perjudicar o simular el envío de un mensaje; para después incorporar al proceso un documento impreso con la captura

²⁴ Fuentes Soriano, Olga. “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales...”, op. cit., pp. 20 y ss.

²⁵ Beltrán Pardo, Ana Isabel. “Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo”, 2015. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42246-contenidos-whatsapp-medio-probatorio-ambito-diligencias-urgentes-delitos-violencia>

de pantalla del mensaje o del archivo manipulado, invocando la pérdida, el borrado o la destrucción del mensaje²⁶. No obstante, existen determinados medios que pueden ayudar a garantizar un mayor grado de autenticidad e integridad de los mensajes de WhatsApp. El primero de ellos consiste en que el usuario de WhatsApp puede utilizar otros proveedores de servicios de almacenamiento con la finalidad de realizar copias *back up* (*iCloud* o *Google Drive*) de sus conversaciones de WhatsApp, por lo que en caso de ser necesario podrá solicitar a los proveedores el historial de la copia *back up* para autenticar el contenido de una determinada conversación. Por otro lado, si la conversación de WhatsApp se ha producido entre un grupo de varias personas, la declaración testifical del mayor número de éstas junto con la copia de la conversación será una información de gran importancia para dotar de un mayor grado de autenticidad la existencia y el contenido de los mensajes de WhatsApp²⁷.

También supone una limitación a la hora de acreditar la existencia de una conversación de WhatsApp que la mayoría de sus mensajes se transmiten mediante la aplicación gratuita *META*, lo que implica que no sea posible comprobar fehacientemente la autenticidad de la transmisión/recepción y/o del contenido del mensaje, más allá de los datos que se obtienen del dispositivo explorado, ya que las compañías que ofrecen esa clase de aplicaciones no ofrecen información sobre la existencia en sus servidores de los intervinientes y el contenido de los mensajes. En particular, WhatsApp pone de manifiesto que no existe dicha posibilidad en la medida en que la empresa no guarda copia de los mensajes que, además se transmiten a través de protocolos de encriptación²⁸.

Por último, otra peculiaridad de WhatsApp es que proporciona la posibilidad de editar o eliminar los mensajes, el límite temporal para poder hacer uso de esta posibilidad ha ido cambiando. Lo relevante es que una vez eliminado el mensaje desaparece del dispositivo del receptor, aunque no lo haya recibido ni leído. Por lo que puede ser útil capturar la pantalla

²⁶ Beltrán Pardo, Ana Isabel. “Los contenidos de WhatsApp...”, op. cit. y Rodríguez Lainz, José Luis. “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2º, 300/2015, de 19 de mayo)”. *Diario La Ley*, Núm. 4367, 2015, p. 3 y ss.

²⁷ Cuairán, Javier. “La aportación de WhatsApp como medio de prueba en el procedimiento penal”. *LA LEY*, Núm. 5337, 2018, p. 3.

²⁸ Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio de los pantallazos de WhatsApp”. *La Ley Probática*, Núm. 20, 2015, p. 5.

de la aplicación con el mismo dispositivo electrónico para impedir que una ulterior eliminación de la otra parte haga imposible su acceso al proceso²⁹.

2. LA IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA

Cuando se impugna la prueba electrónica en la valoración del Juez resultan esenciales las alegaciones en las que se fundamente la impugnación y, los medios de prueba propuestos por las partes³⁰. La valoración conforme a las reglas de sana crítica excluye la existencia de una regla de distribución formal de la carga de la prueba en caso de impugnación. No obstante, la aportación de alegaciones impugnatorias con suficiente seriedad puede producir un desplazamiento de la carga de la prueba, que recaerá sobre la parte que pretenda la validez probatoria del medio impugnado, quien deberá presentar los medios probatorios necesarios para acreditar la integridad y/o autenticidad del documento impugnado. El desplazamiento de la carga de la prueba cuando se trata de acreditar conversaciones mantenidas mediante plataformas de WhatsApp es más probable en los supuestos en que el medio probatorio aportado es únicamente la mera transcripción o reproducción en soporte papel del contenido de los datos, debido al alto riesgo de manipulación³¹. A continuación, se analizará la Jurisprudencia del TS respecto a la impugnación de conversaciones de WhatsApp cuando se aportan al proceso en soporte papel.

En la STS 300/2015, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2047) el Alto Tribunal puso de manifiesto que “la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas”. Más aún si es aportada a la causa mediante archivos de impresión, por lo que la impugnación de la autenticidad de dicha conversación desplazará la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria; siendo en este supuesto “indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido”. Sin embargo, en la misma resolución, el TS reconoce dos motivos que excluyen cualquier duda sobre la autenticidad de una conversación mantenida a través de plataformas de mensajería instantánea. De un lado, “el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de Instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de

²⁹ Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio...”, op. cit., p. 5.

³⁰ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba digital. Concepto, clases...”, op. cit., p. 4.

³¹ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp...”, op. cit., p.5.

que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial”. Y, por otro lado, “el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba la víctima fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario”, dónde fue interrogado por las acusaciones y las defensas acerca del contexto en los términos en que la víctima y él habían mantenido el diálogo, manifestando éste, al igual que la víctima, que la conversación se había efectuado en los términos que acreditaban el resto de los medios probatorios aportados.

Esta sentencia fue duramente criticada porque no mencionaba otros cauces para preservar las fuentes de prueba electrónica distintas a la pericial informática, como, por ejemplo, el mecanismo de sellado de tiempo o *timestamp*³². Además, la postura del TS fue calificada como contradictoria debido a que primero exige la práctica de una prueba pericial informática como único mecanismo viable para resolver la impugnación formulada de contrario contra la aportación de un pantallazo. Pero, al mismo tiempo, reconoce en su argumentación la posibilidad de emplear mecanismos alternativos de adveración del texto aportado, como la ratificación del mismo por los interlocutores o la facilitación de vías para buscar el mensaje e investigar sobre su autenticidad e integridad³³.

En la STS 754/2015, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5421), el TS reitera la postura plasmada en la sentencia 300/2015 al declarar expresamente que la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo, por lo que “la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”. Se observa como de nuevo el Alto Tribunal, *a priori*, considera que la impugnación de un pantallazo en soporte papel, desplaza la carga de la prueba,

³² Bueno De Mata, Federico. “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica”. *LA LEY*, Núm.1353, 2016, p. 5.

³³ Fuentes Soriano, Olga. “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales...”, op. cit., pp. 20 y 23.

y hace absolutamente indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el teléfono emisor de los mensajes, para seguidamente rectificar y reconocer una excepción que aplica al caso concreto. Es decir, el TS entiende que no es necesaria la prueba pericial cuando la otra parte reconoce la conversación o cuando se presenta una prueba testifical que acredita la remisión de los mensajes, en el caso concreto el acusado había reconocido en su escrito de defensa haber vertido amenazas, por lo que el Alto Tribunal considera que existe prueba suficiente que acredita que las amenazas fueron enviadas por mensaje.

Más adelante, la STS 375/2018, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2949) arroja claridad a las contradicciones que presentaban las SSTS 300/2015 y 754/2015 y fundamenta que “no es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción *iuris tantum* de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad —por la existencia de sospechas o indicios de manipulación— se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba”. En esta sentencia el Alto Tribunal es mucho más coherente que en las anteriores al expresar de forma clara que la prueba pericial informática solo es aconsejable para acreditar la autenticidad e integridad de una prueba digital impugnada cuando sea necesario corroborar unos extremos que no pueden probarse mediante otros medios de prueba³⁴.

Los elementos que el TS tiene en cuenta en la sentencia 375/2018 para considerar que la prueba digital es auténtica son que la víctima pone a disposición del Juez de Instrucción su teléfono móvil, del que directamente se consultan y transcriben los mensajes por el Letrado de la Administración de Justicia, y que, además, el uso del número es atribuido a la acusada. De otro lado, argumenta que los motivos de impugnación relativos a la forma y el modo en que se obtuvieron los mensajes carecen de fundamento, pues la recurrente se circunscribe a indicar que los mensajes pudieron haber

³⁴ Arrabal Platero, Paloma y Fuentes Soriano, Olga. “Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un «principio de prueba». Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio”. *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 47, 2019.

sido objeto de manipulación o que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, considerando el Alto Tribunal que “se trata argumentos puramente retóricos y no sustentados en un indicio mínimamente objetivo sobre que ello hubiera sucedido así”. Con esta interpretación hay autores que consideran que el TS se inclina por la doctrina que exige que el impugnante aporte un principio de prueba para rechazar la prueba digital, exigiendo que las alegaciones impugnatorias se acompañen de razonamientos lógicos, creíbles y serios en aras a impedir que la impugnación se reduzca a alegaciones vacías de argumentos. De forma que por principio de prueba no debe entenderse “prueba”, sino únicamente la presentación de algún elemento externo, indicio o argumento que le otorgue cierta credibilidad y sostenibilidad³⁵.

De acuerdo con lo anterior, se considera que solo las “alegaciones impugnatorias con suficiente seriedad” pueden producir el desplazamiento de la carga de la prueba, que recae sobre la parte que pretende la validez probatoria del medio impugnado debiendo aportar otros medios probatorios para acreditar la autenticidad y/o integridad del documento impugnado. El desplazamiento de la carga de la prueba es más plausible en los casos en los que el medio probatorio utilizado por la parte es exclusivamente la aportación de la transcripción o reproducción en soporte papel del contenido de los datos, ya que existe un mayor riesgo de manipulación. A los efectos de determinar si la impugnación tiene “suficiente seriedad” se pueden tener en cuenta los siguientes criterios: a) la existencia de razones en las que se fundamente la específica impugnación y el contenido de las mismas y; b) la propia diligencia de la parte impugnante al proponer medios probatorios que puedan erosionar la integridad y/o autenticidad de la prueba digital propuesta de contrario, que ha de ser apreciada en relación con la postura procesal de la parte que propuso la prueba³⁶.

³⁵ Arrabal Platero, Paloma y Fuentes Soriano, Olga. “Impugnación de la prueba tecnológica...”, op. cit. En este mismo sentido, el Dictamen número 1/2016 de la unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas, sigue la misma interpretación que la sentencia STS 375/2018, al establecer que los efectos de la impugnación de la prueba aportada y, en concreto, el desplazamiento de la carga de la prueba, viene determinado por la propia razonabilidad y seriedad del planteamiento impugnatorio, lo cual debe valorarse en cada asunto concreto.

³⁶ Delgado Martín, Joaquín. “*Investigación tecnológica y prueba digital...*”, op. cit., pp. 85 y 86.

Se ha considerado que tanto la STS 300/2015, de 19 de mayo como la STS 754/2015, de 27 de noviembre fueron interpretadas erróneamente, ya que al igual que la STS 375/2018, de 19 de julio, declararon que la acreditación de una prueba digital puede realizarse mediante cualquier medio de prueba legalmente previsto y no exclusivamente mediante la prueba pericial informática, así como que es necesario un principio de prueba para impugnar una prueba digital³⁷. En efecto tanto la sentencia 300/2015 como la sentencia 754/2015 fueron malinterpretadas, pero por ser bastante confusas, pues en las mismas el TS afirmaba que la impugnación de la autenticidad de las conversaciones de WhatsApp cuando eran aportadas al procedimiento en soporte papel, desplazaba la carga de la prueba hacia quien pretendiera aprovechar su idoneidad probatoria por lo que sería indispensable la práctica de una prueba pericial informática que identificara el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido. Sin embargo, tras este pronunciamiento en la misma resolución aplicaba al caso concreto un criterio diferente al tener probadas las conversaciones si se utilizaban otros medios de prueba como la declaración de testigos. Por lo tanto, ambas sentencias eran demasiado ambiguas, a partir de la sentencia 375/2018 el TS comienza a ser más preciso tal y como se desprende de resoluciones posteriores.

Así, en la STS 777/2022, de 22 de septiembre (ECLI: ES:TS:2022:3318) sanciona el Alto Tribunal que “(...) en aquellas ocasiones en las que existan otros elementos de prueba que permitan advenir esa comunicación y descartar cualquier duda sobre su autenticidad, ninguna vulneración del derecho a la presunción de inocencia puede sostenerse (...)”. “En el caso que ahora centra nuestra atención, la declaración de los agentes de la Guardia Civil que practicaron el registro —todos ellos confirmaron la actitud colaboradora del acusado a la hora de acceder a los dispositivos— y, en fin, el testimonio de los menores con los que contactó Ignacio, quienes explicaron el contenido de sus conversaciones, descartan el menoscabo del círculo de derechos cuya vigencia reivindica el motivo”. Por su parte, la STS 7/2023,

Para que la impugnación sea concreta y esté debidamente motivada, debe precisarse si es por falta de autenticidad, por estar incompleto el documento o por cómo se ha obtenido. De forma que si se impugna la autenticidad debe acreditarse la titularidad del dispositivo y detallar quién emitió el mensaje y, si se alega que el documento no está completo se debe solicitar el volcado de toda la conversación (Pérez-Salazar Resano, Margarita. “Cuestiones prácticas sobre la prueba...”, op. cit., p. 9).

³⁷ Arrabal Platero, Paloma y Fuentes Soriano, Olga. “Impugnación de la prueba tecnológica...”, op. cit.

de 19 de enero (ECLI: ES:TS:2023:191) manifiesta que “(...) no obstante ello no implica que haya de procederse mecánicamente a la práctica de la prueba pericial sobre la prueba electrónica cuando ésta haya sido impugnada, pudiendo acudirse a cuáles otros medios de prueba admitidos en derecho hayan sido practicados”. La STS 116/2025, de 13 febrero, (ECLI: ES:TS:2025:634), considera que para la valoración de la prueba electrónica el Juez no debe tener ninguna duda sobre dos características: la autenticidad del origen, esto es, que su autor aparente es su autor real; y la integridad del contenido que implica que los datos no han sido alterados, “en la práctica de la prueba la parte que pretende su validez debe aportar todos los medios probatorios posibles para fortalecer la prueba aportada”, cuando esta es impugnada, resultan relevantes las alegaciones que sustenten la impugnación, así como los medios de prueba practicados para acreditar la validez de la misma. En todo caso, la regla general en materia de prueba electrónica es el sistema de libre valoración. “En definitiva, el cuestionamiento por el recurrente acerca de la autenticidad e integridad de los WhatsApp incorporados a las actuaciones que reproducen conversaciones mantenidas con las menores, no implica que tales pruebas deban ser expulsadas automáticamente del procedimiento, sino que hace necesario el examen de las alegaciones que sustentan la petición de rechazo de tal medio de prueba junto con otros medios de prueba practicados para determinar su validez. Normalmente será la prueba pericial la que demuestre la veracidad de la prueba electrónica impugnada, pero ello no excluye la posibilidad de confirmar su autenticidad a través de otras pruebas existentes en el procedimiento”. Por último, la STS 629/2025, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3341) señala que “cuando se impugna la autenticidad de los mensajes, la falta de una prueba pericial no implica necesariamente y en todos los casos que el contenido de los mensajes no pueda ser objeto de valoración, cuando a través de otras vías se puede descartar una manipulación que cuestione su autenticidad”.

3. LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA VALORACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL

Tal y como se ha señalado, las conversaciones mantenidas a través de WhatsApp presentan un elevado riesgo de manipulación por lo que, seguidamente, se expondrá qué cauces son idóneos para probar en el proceso la existencia y el contenido de un mensaje o una conversación mantenida mediante esta aplicación. Con carácter general, se puede afirmar que todos los medios de prueba previstos en el artículo 299 LEC sirven en mayor o menor medida para incorporar al proceso y probar conversaciones de WhatsApp.

El interrogatorio de parte se considera un medio especialmente idóneo para intentar acreditar cualquier conversación mantenida a través de una aplicación de mensajería instantánea, pues el reconocimiento de la conversación por la parte contraria convierte el hecho en incontrovertido³⁸. Es decir, no es necesario acreditar la autenticidad de unos mensajes que se han alegado por la parte, cuando su existencia y autoría han sido admitidas o no negadas por las partes del proceso (en este sentido, la STS 469/2017, de 22 de junio, ECLI: ES:TS:2017:2531)³⁹.

En cuanto a la prueba documental, se entiende que tanto los documentos privados como los documentos públicos pueden constituir un medio válido para acreditar el contenido de los mensajes de WhatsApp. En el caso de conversaciones mantenidas a través de aplicaciones de mensajería instantánea se consideran documentos privados tanto las impresiones de los mensajes realizadas en privado como la aportación de pantallazos mediante una copia de papel⁴⁰, pero es necesario poner de manifiesto que la aportación únicamente en soporte papel de pruebas digitales reducen su valor probatorio⁴¹.

La doctrina define los pantallazos como la fotografía de lo que aparece en un determinado momento en la pantalla de un específico dispositivo electrónico (*Smartphone*, ordenador, *Tablet*, etc.), ya sea efectuada ésta por el propio dispositivo mediante la captura de la pantalla o por otro dispositivo diferente⁴². No obstante, hay autores que advierten que un pantallazo al uso se refiere a la captura de pantalla a través de una imagen fija realizada desde el propio dispositivo, pues es lo que hace que al menos la imagen generada por el dispositivo tenga una hora de realización y determinadas propiedades que garantizan mínimamente su autenticidad⁴³. En consecuencia, la

³⁸ Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume. “La prueba del WhatsApp y mensajes remitidos a través de redes sociales. En *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Academia de Jurisprudencia y legislación de Cataluña, 2017, p. 265.

³⁹ Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio...”, op. cit., p. 4.

⁴⁰ Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume. “La prueba del WhatsApp...”, op. cit. p. 266.

⁴¹ Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas en el proceso civil”. *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 59, 2023.

⁴² Magro Servet, Vicente. “La proposición y práctica de la prueba del contenido de un mensaje de WhatsApp en el proceso civil”. *Práctica de Tribunales*, Núm. 130, 2018, p. 4 y Rodríguez Lainz, José Luis. “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas...”, op. cit., p. 1.

⁴³ Bueno De Mata, Federico. “La validez de los pantallazos como prueba electrónica...”, op. cit., p. 5.

naturaleza del pantallazo es digital (lenguaje binario) por lo que se trata de un documento electrónico, pero también se puede incorporar al proceso en soporte papel (impresión)⁴⁴, aunque se ha señalado que para lograr el correcto tratamiento de esta prueba no se debería permitir modificar la naturaleza digital de la misma a través de la impresión y la conversión de algo electrónico en algo físico como el papel, ya que la aportación de este tipo de material probatorio debería realizarse siempre mediante dispositivos electrónicos con el objetivo de preservar su propia naturaleza⁴⁵. No obstante, el pantallazo se aporta al procedimiento en soporte papel frecuentemente⁴⁶, dependiendo su valor probatorio de la actitud que adopten el resto de las partes de forma que si reconocen la conversación o no la impugnan tiene valor de prueba plena (*ex* artículos 326.1 y 319 LEC). En caso contrario, se valora conforme a las reglas de la sana crítica (*ex* artículo 326.2 LEC), siendo recomendable proponer otro medio de prueba para acreditar su autenticidad⁴⁷. Tras la impugnación por la parte contraria es habitual solicitar el cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia, aunque también puede solicitarse en el momento de la aportación del pantallazo. Sin embargo, su alcance es limitado, en la medida en que se restringe a la comprobación de la correspondencia entre el pantallazo o la conversación en soporte papel aportada y el dispositivo móvil, sin que permita por sí solo acreditar la autenticidad o integridad plena de la conversación. Como principal problema para efectuar el cotejo se ha señalado la elevada carga de trabajo de los órganos judiciales, lo que impide que los Letrados de la Administración de Justicia puedan realizar el cotejo en un tiempo prudencial⁴⁸.

⁴⁴ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp...”, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ Bueno De Mata, Federico. “La validez de los pantallazos como prueba electrónica...”, *op. cit.*, p. 3.

En este mismo sentido, Castro Durán considera que la introducción más idónea de la prueba electrónica en el proceso judicial es a través de su formato original como documento electrónico, señalando en todo caso su lugar de procedencia, esto es, ordenador u otro dispositivo o servidor (Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, *op. cit.*).

⁴⁶ No obstante, hay autores que consideran que no resulta de “*ningún modo aceptable*” la aportación de una mera imagen o captura de pantalla como imagen en el relato de los hechos de la demanda, ya que se trataría de una alegación que no podría hacer prueba por sí misma (Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio...”, *op. cit.*, p. 4).

⁴⁷ Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume. “La prueba del WhatsApp...”, *op. cit.* p. 266.

⁴⁸ Muñiz Casares, Ana María. “La prueba digital: maldito WhatsApp”. En *Diálogos Jurídicos*, Fernández Teruelo, Javier, (Aranzadi, Las Rozas, 2024), p. 111.

Por último, destacar, que a los efectos de alcanzar la convicción judicial acerca de la veracidad del contenido de un conversación de WhatsApp introducida al procedimiento a través de un pantallazo, se ha indicado que resulta necesario dotarla de un contexto y, en este sentido, hay autores que consideran que para ello no solo es necesario que conste la fecha y la hora de los mensajes, sino que además es preciso aportar toda la conversación de WhatsApp y no una mera parte de ella, pues sólo así constará en los autos la trama completa y el pasaje en el que la conversación se produjo⁴⁹. Sin embargo, existen otros comentaristas que entienden que la aportación masiva de mensajes de WhatsApp puede constituir un indicio de que los mismos no provienen de conversaciones espontáneas, sino de conversaciones provocadas por una de las partes con la finalidad de “fabricar” pruebas para el juicio⁵⁰.

Por lo que respecta a los documentos públicos, la prueba electrónica puede acceder en forma de documento público al procedimiento, debiendo las partes aportarla en soporte electrónico mediante imagen digitalizada incorporada como anexo y firmado mediante forma electrónica reconocida (*ex* artículo 317 LEC). Para que el documento electrónico pueda ser considerado como documento público debe cumplir los siguientes requisitos: a) que sea autorizado por funcionario; b) que dicho funcionario tenga atribuida la facultad de dar fe pública y; por último, c) que el funcionario actúe en el marco de sus competencias y en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley. Tradicionalmente, se distinguen tres clases de documentos públicos en función del funcionario del que procedan, así contamos con documentos judiciales, administrativos u oficiales y notariales. En el ámbito de la prueba digital, cobran una gran relevancia las actas notariales y, en concreto, las actas de protocolización, las actas de presencia y las actas de depósito⁵¹.

Las actas de protocolización son aquellas en las que se hace relación al hecho de haber sido examinado por el Notario el documento que debe ser protocolado, a la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene y los reintegros que lleve unidos (artículo 211 del Reglamento Notarial). Es decir, en este tipo de actas el compareciente lleva en soporte papel al Notario el contenido de las

⁴⁹ Muñiz Casares, Ana María. “La prueba digital...”, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁰ Abel Lluch, Xavier. “El uso y el abuso de WhatsApps en el proceso de familia. Orientaciones prácticas para la proposición y admisión de WhatsApps”. *La Ley probática*, Núm. 11, 2023, p. 6.

⁵¹ Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, *op. cit.*

conversaciones de WhatsApp, por lo que el fedatario público no ha visto el contenido en su formato original, de modo que su actuación se restringe a acreditar los datos de identidad del requirente, el hecho de que se entrega el documento impreso y la fecha de entrega, pero no puede dar fe pública de la existencia de la conversación⁵². Algunos comentaristas, destacan que a veces los fedatarios públicos se muestran reticentes a otorgar fe pública de los pantallazos, pues de lo que ven en el pantallazo no pueden afirmar de forma íntegra y exacta que la conversación se produjo entre los titulares de los números de los teléfonos móviles⁵³.

Las actas de presencia son aquellas que acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización (artículo 199 del Reglamento Notarial). Esto es, son aquellas actas en las cuáles los notarios acreditan la veracidad de lo que observan en páginas webs, en correos electrónicos, en dispositivos móviles o en *pen drive*, etc. En este caso el Notario sí accede al formato original de la información y da fe pública de la información que contempla sin extenderse a hechos o valoraciones que precisen de conocimientos periciales, debiendo imprimir tal información en papel para que se incorpore al documento público⁵⁴. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que la aportación de una conversación de WhatsApp controvertida al proceso mediante un acta presencial “no garantiza la autenticidad de su admisión” debido al elevado riesgo de manipulación a través de numerosas aplicaciones informáticas⁵⁵, pudiendo haber sido modificados los mensajes con anterioridad a la expedición del acta⁵⁶.

Las actas de depósito son aquellas que posibilitan que el Notario reciba un objeto o documento para ser custodiado (artículo 216 del Reglamento Notarial). En el caso de las conversaciones mantenidas a través de WhatsApp este tipo de actas podrían utilizarse para que el Notario custodiase el propio dispositivo móvil de una de las partes o de un tercero, produciéndose “un aseguramiento extrajudicial” de la fuente de prueba en aras impedir que sea manipulada⁵⁷.

⁵² Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume. “La prueba del WhatsApp...”, op. cit. p. 266.

⁵³ Muñiz Casares, Ana María. “La prueba digital...”, op. cit., 111.

⁵⁴ Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, op. cit. y De Prada Rodríguez, Mercedes. “La prueba digital: especial incidencia...”, op. cit., p. 6.

⁵⁵ Muñiz Ferrer, Raquel. “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y WhatsApps”. *Trabajo y Derecho*, Núm. 30, 2017, p. 8.

⁵⁶ Cuairán, Javier. “La aportación de WhatsApp como medio de prueba...”, op. cit., p. 3.

⁵⁷ Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, op. cit.

Por su parte, el informe pericial es un medio de prueba que ayuda al Juez a resolver controversias en las que son necesarios determinados conocimientos científicos o artísticos. Así lo establece el artículo 352 de la LEC que prevé la facultad de presentar un informe pericial “cuando sea necesario o conveniente conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración”. Para comprobar la integridad y autenticidad de las conversaciones mantenidas a través de WhatsApp resulta especialmente útil la prueba pericial informática, se considera que es un medio de prueba que “da verdaderas garantías de la inexistencia de engaño o manipulación en el contenido de los mensajes”⁵⁸, aunque como veremos presenta ciertas dificultades. La prueba pericial informática es una prueba personal documentada integrada por un estudio forense informático, la elaboración de un informe pericial y la comparecencia del perito ante el Tribunal. Consiste en la investigación de alguna circunstancia relevante relacionada con el hecho objeto del procedimiento mediante la aplicación de especiales conocimientos técnicos o científicos en el ámbito de la ingeniería informática⁵⁹. La práctica de esta prueba implica una gran intrusión en los derechos fundamentales, al verse afectados el derecho al secreto de las comunicaciones, a la protección de los datos de carácter personal y a la intimidad. Si una de las partes no presta su consentimiento para que un perito informático examine su teléfono móvil, es necesario solicitar la correspondiente autorización judicial para acceder a los datos del terminal. Si bien es posible autorizar judicialmente la práctica de una prueba pericial informática para que ésta sea fiable al cien por cien es necesario examinar la memoria de todos los terminales que participaron en la conversación (emisores y receptores), pues solo accediendo a todos los teléfonos móviles que formaron parte de la conversación se

⁵⁸ Muñiz Ferrer, Raquel. “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral...”, op. cit., p. 8.

Se ha llegado a considerar que la prueba pericial informática “*es el mejor modo*” de introducir información o datos digitales en el proceso judicial, aunque de acuerdo con la Jurisprudencia del TS no es indispensable la aportación de una prueba pericial informática para acreditar hechos de naturaleza digital en el proceso (Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio...”, op. cit., 4).

⁵⁹ Castro Durán explica que en la actualidad los dictámenes periciales informáticos se ajustan a la “*Norma ISO/IEC 27037:2012 Guía para la identificación, recolección, adquisición y preservación de la evidencia digital*” que establece pautas para el manejo de la evidencia digital; sistematizando la identificación, recolección, adquisición y preservación de la misma; con procesos diseñados para respetar la integridad de la evidencia y con una metodología aceptable para garantizar su admisibilidad en procesos legales (Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, op. cit.).

puede acreditar la realidad de la emisión de un mensaje por un determinado terminal y si el mismo ha sufrido algún tipo de manipulación. Además, estos trámites deben realizarse en la mayor brevedad posible, pues cuanto más tiempo transcurra entre el registro de un dato hasta su búsqueda más se reducen las posibilidades de recuperar los datos, debido a las singulares características de la aplicación de WhatsApp. De otro lado, una prueba tan compleja como la pericial informática para que se practique respetando todas las garantías del proceso, no solo requiere tiempo, además, va a ser considerablemente costosa en términos económicos. Pues como la comunicación instantánea bidireccional de WhatsApp no queda almacenada en ningún servidor, es necesario que todos los terminales de comunicación gocen de una absoluta garantía de la cadena de custodia desde el primer momento, lo que implica la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en el momento de la entrega dejando constancia de la diligencia del perito que exige introducir terminales en una bolsa de *Faraday* para evitar cualquier posible manipulación o alteración de los terminales; por no hablar de que para practicar esta prueba se precisan peritos con una alta cualificación técnica⁶⁰. Por lo que nos encontramos ante una prueba con un coste económico muy elevado que solo van a tener la posibilidad de proponerla personas con un gran poder adquisitivo, como grandes empresas en pleitos en los que se disputan cuantiosas cantidades de dinero; pero en ámbitos como el familiar o de la violencia de género, es poco probable encontrar personas que puedan sufragar tal coste económico⁶¹. Por último, destacar que la prueba pericial debe valorarse conforme a las reglas de la sana crítica.

El reconocimiento judicial es un medio de prueba que se practica cuando la parte interesada lo solicite por considerar necesario para el esclarecimiento de los hechos que el Tribunal examine un lugar, objeto o persona (*ex* artículo 353.1 LEC). Hay autores que consideran que es preciso distinguir entre la actividad que el Juez debe realizar sobre un documento para acceder y aprehender su contenido (la cual se enmarcaría dentro de la prueba documental) y que consiste en el examen que el Tribunal realiza por sí mismo del soporte en cuestión; de la actividad más extensa consistente en la exploración de la web para corroborar hechos controvertidos y que estaría dentro de una modalidad específica de reconocimiento judicial, ya que la información contenida en la red es susceptible de ser reconocida por el Juez

⁶⁰ Beltrán Pardo, Ana Isabel. “Los contenidos de WhatsApp...”, *op. cit.*

⁶¹ Fuentes Soriano, Olga. “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales...”, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

realizando actos de búsqueda y navegación en la red digital, es decir, nos encontraríamos ante un supuesto de cibernavegación digital como actualización del reconocimiento digital⁶². Consideramos que, en el caso del examen de dispositivos móviles, *tablets* u ordenadores para corroborar la existencia de una conversación de WhatsApp, la actividad del órgano jurisdiccional se enmarca dentro del reconocimiento judicial y no de la prueba documental, ya que el Juez está examinando dispositivos de almacenamiento que se encuadrarían dentro del término “objeto” que prevé el artículo 353.1 LEC, y al examinar el dispositivo de almacenamiento en cuestión el órgano jurisdiccional debe efectuar actos de búsqueda para encontrar la conversación de WhatsApp controvertida, así como las posibles notas de audio, imágenes o archivos multimedia que se derivasen de la misma. En este sentido, otros autores han definido la prueba de cibernavegación como una modalidad del reconocimiento judicial que consiste en que el órgano judicial, asistido, en su caso, de las personas técnicas o prácticas en la materia que las partes designen, examina el dispositivo móvil de uno de los sujetos procesales, de ambos o, incluso de terceros; con la finalidad de comprobar la existencia de la conversación o que WhatsApp era un medio frecuente de comunicación entre las partes. La parte que proponga este medio de prueba debe expresar los extremos principales a los que quiere que se refiera e indicar si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica, las partes contrarias también pueden proponer otros extremos y acudir asistidos de personas expertas. La LEC no establece cual es el valor probatorio que debe atribuirse al reconocimiento judicial, pero la doctrina considera que el reconocimiento cibernáutico efectuado por el Juez de forma satisfactoria será uno de los medios de prueba más eficaces para formar la convicción judicial⁶³.

En cuanto al interrogatorio de testigos, parece evidente que, si una conversación oral puede ser constatada por los testigos presenciales, lo mismo sucede con una conversación de WhatsApp. Es decir, el testigo propuesto puede haber visto los mensajes por estar con uno de los interlocutores durante la conversación o porque se los mostraron después, también cabe la posibilidad de que forme parte del grupo de WhatsApp en el que se mantuvo la conversación controvertida. A diferencia del interrogatorio de parte, la declaración de un testigo no puede convertir la conversación en incontrovertida, pero el órgano jurisdiccional debe valorar la fuerza probatoria de la declaración de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta

⁶² Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, op. cit.

⁶³ Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaime. “La prueba del WhatsApp...”, op. cit., pp. 266-267.

la razón de ciencia que hubiere dado, las circunstancias que en él concurran y, en su caso, las tachas formuladas. En definitiva, nada impide que el Juez otorgue credibilidad a la declaración testifical⁶⁴, pero se considera que es una prueba de “menor calidad” que las actas notariales y los informes periciales informáticos⁶⁵.

Por último, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos o cifras (*ex* artículos 299.2, 382 a 384 LEC) pueden ser muy útiles para probar el contenido de conversaciones de WhatsApp, pues como se ha puesto de manifiesto, esta aplicación permite remitir notas de audio, vídeos e imágenes. Cuando una de las partes proponga como medio de prueba la reproducción ante el órgano jurisdiccional de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes; junto con el soporte que se trate debe acompañar la transcripción escrita de las palabras contenidas en el mismo (*ex* artículo 382.1 LEC), además, se pueden aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Asimismo, las otras partes pueden aportar también informes periciales y otros medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. De todos los actos que se realicen se debe levantar acta y los soportes que contengan la palabra, la imagen o el sonido reproducidos deben conservarse por el Letrado de la Administración de Justicia, con referencia a los autos del juicio o, en su caso, incorporarse al expediente judicial, de forma que no sufra modificaciones. Por su parte, los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otro tipo que sean admitidos como prueba, deben ser examinados por el Tribunal mediante los medios que la parte proponente aporte o de los que disponga el órgano jurisdiccional a los efectos de que las partes puedan, con idéntico conocimiento que el Tribunal, alegar y proponer lo que ha su derecho convenga. El Letrado de la Administración de Justicia debe adoptar también en este caso las medidas de custodia necesarias. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 382.1 y 384.1 LEC se entiende que las partes deben constatar que el Tribunal tiene los medios necesarios para reproducir y acceder por sí mismo al soporte que se ha aportado, pues en caso contrario, tendrán que ser las propias partes las que

⁶⁴ Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaime. “La prueba del WhatsApp...”, *op. cit.*, p. 265.

⁶⁵ Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio...”, *op. cit.*, p. 4.

faciliten el correspondiente instrumento⁶⁶. Por último, destacar que la LEC establece que el Tribunal debe valorar estos instrumentos conforme a las reglas de la sana crítica aplicables según su naturaleza (*ex* artículo 384 LEC). Sin embargo, hay autores que consideran que el legislador erró al establecer que la valoración de la prueba digital debe efectuarse conforme a las reglas de la sana crítica, ya que ignoró la evolución tecnológica y la existencia pública, privada y oficial de los nuevos medios de prueba tecnológicos, al igual que ocurre con la prueba documental, idénticos motivos justifican su desacuerdo con el valor de la impugnación tecnológica, por lo que se entiende que aunque el legislador no aplicó esta lógica en los artículos 382.3 y 384.3 LEC, se debe tener en cuenta la distinción que hace la LEC respecto del valor e impugnación de los documentos públicos (*ex* artículos 319 y 320 LEC) y de los documentos privados (artículos 326, 349, 350 y 351 LEC)⁶⁷.

En conclusión, cualquier medio de prueba puede ser adecuado para acreditar la existencia de una conversación o mensaje de WhatsApp, pero las resoluciones judiciales deben estar motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que sustentan la valoración de las pruebas, la motivación debe hacer hincapié en los diferentes elementos fácticos y jurídicos del procedimiento, considerados individualmente y en su conjunto, adaptándose a las reglas de la lógica y la razón⁶⁸.

V. CONCLUSIONES

De cuanto antecede cabe extraer una serie de consideraciones finales en relación con la utilización de las conversaciones de WhatsApp como medio de prueba en el proceso judicial.

En primer lugar, no parece necesaria, al menos en el momento actual, la aprobación de una normativa específica que regule de manera íntegra la prueba electrónica, en la medida en que la misma puede reconducirse adecuadamente en el marco de los principios y reglas generales que rigen la actividad probatoria. No obstante, sí resulta imprescindible la consolidación de criterios interpretativos claros que, *lege data*, permitan dotar de seguridad jurídica a la práctica forense en este ámbito. En este sentido, la jurisprudencia ha venido a desempeñar un papel esencial, configurando

⁶⁶ Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, *op. cit.*

⁶⁷ Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas...”, *op. cit.*

⁶⁸ Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume. “La prueba del WhatsApp...”, *op. cit.*, p. 268.

progresivamente un cuerpo doctrinal que, pese a ciertas vacilaciones iniciales, ha alcanzado un grado apreciable de madurez.

Particular relevancia presenta, a este respecto, la evolución de la doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de las conversaciones de WhatsApp. Si bien en un primer momento las resoluciones ofrecían soluciones ambiguas, la STS 375/2018 marca un punto de inflexión al establecer con claridad que la impugnación de la autenticidad de tales comunicaciones no comporta, de forma automática, la imposibilidad de su valoración probatoria por la sola ausencia de una prueba pericial informática. Antes bien, el órgano judicial puede atender a otros elementos concurrentes en las actuaciones que permitan descartar razonablemente la hipótesis de manipulación. Ahora bien, dicha impugnación ha de fundarse en motivos dotados de una suficiente seriedad, no sirviendo meras alegaciones retóricas o carentes de sustento fáctico.

En segundo término, las peculiaridades técnicas de WhatsApp, caracterizadas por la ausencia de mecanismos robustos de aseguramiento de la identidad del emisor y por la facilidad de alteración o manipulación de los contenidos, obligan a adoptar un criterio de valoración necesariamente casuístico. En consecuencia, la eficacia probatoria de estas conversaciones dependerá de la ponderación conjunta de los indicios, medios de prueba y elementos periféricos que obren en autos, sin que quepa atribuirles, *per se*, un valor probatorio pleno. En este contexto, resulta evidente que no todos los medios de acreditación presentan la misma idoneidad, pudiendo hablarse, en términos doctrinales, de una distinta “calidad probatoria” en función de su capacidad para garantizar la autenticidad e integridad de la prueba digital.

Desde esta perspectiva, la prueba pericial informática se erige como el medio más adecuado por excelencia para verificar la autenticidad e integridad de las conversaciones de WhatsApp, si bien su práctica no está exenta de dificultades, derivadas principalmente de la necesidad de acceso al dispositivo, del tiempo requerido para su elaboración y de su coste económico. Junto a ella, pueden considerarse especialmente idóneos el reconocimiento judicial del dispositivo móvil, el cotejo realizado por el Letrado de la Administración de Justicia, así como las actas notariales de presencia o de depósito, en cuanto contribuyen a reforzar la fiabilidad del contenido aportado.

Asimismo, el interrogatorio de parte puede desempeñar un papel decisivo cuando se obtiene el reconocimiento de la conversación por quien figura como interlocutor, si bien su utilidad decae notablemente en caso de

negativa. Igualmente, resultan adecuados los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y reproducir datos, siempre que se garantice la posibilidad real de acceso y reproducción por parte del órgano judicial, debiendo las partes, en su caso, facilitar los medios técnicos necesarios para ello.

Por el contrario, la aportación de meras impresiones en papel o capturas de pantalla de las conversaciones, así como el recurso exclusivo al testimonio de terceros o a actas de protocolización, constituyen medios probatorios de menor consistencia, en la medida en que ofrecen reducidas garantías en orden a la acreditación de la autenticidad e integridad del contenido.

En definitiva, la valoración de las conversaciones de WhatsApp como medio de prueba exige un enfoque prudente y riguroso por parte del órgano judicial, basado en la ponderación conjunta de todos los elementos disponibles y en la aplicación de criterios de razonabilidad que permitan conjugar las exigencias de la realidad tecnológica con las garantías propias del proceso. Solo de este modo podrá evitarse que la creciente relevancia de la prueba digital se traduzca en una merma de la seguridad jurídica y de los derechos de las partes.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abel Lluch, Xavier. “El uso y el abuso de WhatsApps en el proceso de familia. Orientaciones prácticas para la proposición y admisión de WhatsApps”. *La Ley probática*, Núm. 11, 2023, pp. 1-8.

Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume. “La prueba del WhatsApp y mensajes remitidos a través de redes sociales. En *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Academia de Jurisprudencia y legislación de Cataluña, 2017, pp. 255-269.

Arrabal Platero, Paloma y Fuentes Soriano, Olga. “Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un «principio de prueba». Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio”. *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 47, 2019.

Beltrán Pardo, Ana Isabel. “Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo”, 2015. <https://www.pensamientopenal.com.ar//doctrina/42246-contenidos-whatsapp-medio-probatorio-ambito-diligencias-urgentes-delitos-violencia>

- Bueno De Mata, Federico. “La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica”. *LA LEY*, Núm.1353, 2016, pp. 1-8.
- Bueno De Mata, Federico. “La prueba electrónica: Problemas del presente y retos del futuro: España. En *La prueba en el proceso. Perspectivas nacionales*, Bujosa Vadell, Lorenzo (Tirant lo Blanch, Valencia, 2018), pp. 574-580.
- Castro Durán, Emilio. “La naturaleza documental de las fuentes electrónicas en el proceso civil”. *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 59, 2023.
- Cuairán, Javier. “La aportación de WhatsApp como medio de prueba en el procedimiento penal”. *LA LEY*, Núm. 5337, 2018, pp. 1-3.
- Delgado Martín, Joaquín. “La prueba de WhatsApp”. *LA LEY*, Núm. 5350, 2015, pp. 1-10.
- Delgado Martín, Joaquín. *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones* (Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016).
- Delgado Martín, Joaquín. “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”. *Diario La Ley*, Núm. 3841, 2017, pp. 1-13
- De Aguilar Gualda, Salud. *La prueba digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal*, Boch Editor, Barcelona, 2019.
- De Prada Rodríguez, Mercedes. “La prueba digital: especial incidencia en los procesos de familia”. *LA LEY Derecho de Familia*, Núm. 20, 2018, pp. 1-22.
- Fuentes Soriano, Olga. “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”. *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 44, 2018, pp. 1-39.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edición 1ª (Ediciones Jurídicas Castillo de Luna Madrid, 2015).
- Magro Servet, Vicente. “La proposición y práctica de la prueba del contenido de un mensaje de WhatsApp en el proceso civil”. *Práctica de Tribunales*, Núm. 130, 2018, pp. 1-5.
- Muñiz Ferrer, Raquel. “Los nuevos medios de prueba en el procedimiento laboral: teléfonos móviles y WhatsApps”. *Trabajo y Derecho*, Núm. 30, 2017, pp. 1-12.
- Muñiz Casares, Ana María. “La prueba digital: maldito WhatsApp”. En *Diálogos Jurídicos*, Fernández Teruelo, Javier, (Aranzadi, Las Rozas, 2024), pp. 103-120.
- Pérez-Salazar Resano, Margarita. “Cuestiones prácticas sobre la prueba en Derecho de Familia”. *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 105, 2024, pp. 1-42.
- Pinto Palacios, Fernando y Pujol Capilla, Purificación. *La prueba en la era digital*, (Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017).
- Richard González, Manuel. “A vueltas son el valor probatorio de los pantallazos de WhatsApp”. *La Ley Probática*, Núm. 20, 2015, pp. 1-5.
- Rodríguez Lainz, José Luis. “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2º, 300/2015, de 19 de mayo)”. *Diario La Ley*, Núm. 4367, 2015, pp. 1-17.

EL PARADIGMA PROBATORIO DE LA COOPERACIÓN DIGITAL EUROPEA A LA LUZ DE LA STS 854/2025: ENTRE LA EFICACIA TRANSFRONTERIZA Y LA GARANTÍA PROCESAL

The evidentiary framework of european digital cooperation in light of Supreme Court Judgment (STS) 854/2025: balancing cross-border effectiveness and procedural guarantees

MARÍA DOLORES GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Ayudante Doctora. Universidad de Sevilla.

Email: mgarcia8@us.es

ORCID: 0000-0002-1074-7509

Sumario: I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: EFICACIA PROCESAL Y COOPERACIÓN PENAL EN LA ERA DIGITAL. II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: ¿SUSTITUTO DEL CONTROL JUDICIAL EN LA ADMISIÓN DE EVIDENCIAS ELECTRÓNICAS? III. LA DOCTRINA ENCROCHAT. 1. Los hechos. 2. Las respuestas jurisprudenciales a *EncroChat* en Europa. 2.1. Francia. 2.2. Italia. 2.3. Alemania. 3. La STJUE de 30 de abril de 2024 (asunto C-670/2022). 4. Antecedentes procesales en España. 4.1 SAP Cádiz 14/2024, de 18 de enero. 4.2 SAN 9/2024, de 9 de mayo. 4.3 SAN 25/2024 (Sala de Apelación), de 11 de diciembre. 5. Análisis de la STS 854/2025: el nuevo paradigma probatorio. 5.1. La transmisión de pruebas a España: la OEI. 5.2. Análisis de las principales cuestiones de la resolución en torno a la validez probatoria de las evidencias digitales transnacionales. 6. Retos pendientes en la configuración jurisprudencial de la prueba digital transnacional. 6.1. El juicio de proporcionalidad y las investigaciones prospectivas. 6.2. La legitimidad del Ministerio Fiscal para emitir la OEI. 6.3. La transparencia técnica del material probatorio y el derecho de defensa. IV. REFLEXIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La STS 854/2025, de 16 de octubre, consolida la admisibilidad en el proceso penal español de evidencias digitales obtenidas en el extranjero mediante técnicas de inferencia tecnológica masiva y canalizadas a través de la Orden Europea de Investigación. El presente trabajo sostiene que la sentencia en cuestión trasciende la mera respuesta al caso *EncroChat* e inaugura un cambio estructural en el sistema de control judicial de la prueba transnacional. En coherencia con el principio de reconocimiento mutuo, el Tribunal Supremo sustituye el tradicional juicio pleno de licitud por un estándar de “control material suficiente”, presidido por una notable deferencia hacia el Estado emisor. Aunque este enfoque refuerza la eficacia

investigadora, suscita fricciones con las garantías procesales básicas. El estudio examina críticamente esta mutación y propone pautas de reconstrucción dogmática que armonicen cooperación penal y tutela de derechos fundamentales.

Abstract: Supreme Court Judgment (STS) 854/2025, delivered on 16 October, confirms the admissibility in Spanish criminal proceedings of digital evidence obtained abroad through large-scale technological intrusion measures and subsequently transmitted by means of a European Investigation Order. This article argues that the ruling transcends a merely case-specific response to the *EncroChat* episode and instead reflects a broader structural reconfiguration of the judicial framework governing the control and use of transnational evidence. In line with the principle of mutual recognition, the Court replaces the traditional, comprehensive review of legality with a standard of “sufficient substantive control,” characterised by a significant degree of deference to the issuing State. Although this approach may enhance investigative efficiency, it simultaneously raises serious concerns regarding the safeguarding of core procedural guarantees. The study therefore provides a critical analysis grounded in constitutional principles and proposes doctrinal criteria designed to reconcile effective cross-border cooperation with the robust protection of fundamental rights.

Palabras Clave: Prueba digital – Orden Europea de Investigación – *EncroChat* – reconocimiento mutuo – tutela judicial efectiva – cooperación penal europea.

Key Words: Digital Evidence – European Investigation Order – *EncroChat* – mutual recognition – effective judicial protection – European criminal cooperation.

Listado de Abreviaturas

art.	artículo
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRMRP	Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea
OEI	Orden Europea de Investigación
pág.	Página
op. cit.	En la obra citada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase

I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: EFICACIA PROCESAL Y COOPERACIÓN PENAL EN LA ERA DIGITAL

La revolución digital ha alterado los presupuestos epistemológicos sobre los que descansa el proceso penal moderno. Donde se concebía la prueba como un objeto material, localizado y directamente accesible al juez nacional, hoy emergen flujos de datos deslocalizados, algoritmos opacos y arquitecturas tecnológicas cuya trazabilidad escapa al control jurisdiccional clásico. La evidencia penal ha dejado de ser un fenómeno territorial para convertirse en una realidad reticular. Esta mutación no es meramente técnica. La proximidad del juez a la fuente de prueba, la inmediatez y la contradicción operan como garantías estructurales frente al riesgo de arbitrariedad. Cuando la prueba se produce en otro Estado, mediante infraestructuras técnicas inaccesibles y bajo estándares normativos heterogéneos, tales garantías pueden verse comprometidas.

La digitalización del delito ha provocado una ruptura irreversible entre el lugar de comisión del hecho y el lugar de localización de la evidencia. Las comunicaciones, los metadatos, los servidores, las plataformas y los proveedores de servicios se distribuyen en arquitecturas transnacionales que desbordan por completo la competencia territorial clásica del juez nacional. El modelo tradicional de cooperación (consistente en comisiones rogatorias, control de doble incriminación o revisión exhaustiva por el Estado requerido) fue concebido para un mundo analógico. Sin embargo, la evidencia digital es esencialmente volátil y efímera (los datos pueden sobrescribirse, los registros eliminarse automáticamente...). En este escenario, pretender que cada Estado conserve un control soberano sobre la totalidad del ciclo probatorio constituye una ficción incompatible con la realidad técnica.

En particular, en este marco, el principio de reconocimiento mutuo se erige como un pilar esencial para la cooperación transnacional entre los Estados Miembros de la UE y, por ende, para la transmisión de las evidencias digitales en este marco comunitario. La discusión sobre el principio de reconocimiento mutuo en materia probatoria suele quedar atrapada en un debate axiológico —eficacia vs garantías— que, formulado únicamente en términos dicotómicos, resulta conceptualmente insuficiente. No se trata en determinar si la cooperación en esta materia resulta deseable, sino de comprender que, en el contexto criminal y tecnológico actual, dicha cooperación no es una opción, sino una necesidad estructural del proceso. O dicho de otra forma: sin estos mecanismos ágiles de reconocimiento mutuo, gran parte de la prueba digital podría resultar inaccesible. Desde esta óptica, el

reconocimiento mutuo responde a una exigencia funcional impuesta por la naturaleza tecnológica de la prueba digital. No obstante, lo anterior no justifica un reconocimiento automático e indiscutido, o un dogma de confianza ciega. Es indispensable que este principio, para que resulte normativamente legítimo, se asiente sobre dos presupuestos: una equivalencia sustancial de garantías y la posibilidad de control ante vulneraciones graves. Solo así podremos concebirlo como un presupuesto necesario de eficacia capaz de coexistir con mecanismos reforzados de tutela.

La STS 854/2025, de 16 de octubre (Sala Segunda, Pleno) se sitúa precisamente en esta encrucijada entre eficacia y garantía. Supone la traducción a nuestro derecho interno de las conclusiones de la STJUE (Gran Sala) de 30 de abril de 2024, conocido como caso *EncroChat*. La resolución nacional constituye un punto de inflexión en nuestra jurisprudencia, al consolidar la admisibilidad de pruebas digitales obtenidas en el extranjero mediante sistemas de intrusión masiva —en este caso, *EncroChat*—, y transmitidas a España a través de una OEI. En dicha admisibilidad, resulta determinante responder a la siguiente cuestión: ¿qué intensidad de control corresponde al juez español sobre una prueba digital generada en otro Estado miembro?

Nuestro análisis partirá en este sentido de una hipótesis central: la presente resolución no se limita a resolver un conflicto probatorio concreto, sino que redefine los contornos del control judicial español sobre la prueba digital transnacional en el marco del principio de reconocimiento mutuo. A partir del análisis sistemático de la motivación del fallo y su diálogo con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, examinaremos cómo el Tribunal trata de equilibrar dos vectores estructuralmente tensos: la eficacia investigadora derivada de la cooperación penal europea y la preservación de los estándares constitucionales de la tutela judicial efectiva (arts. 24 CE y 11 LOPJ).

II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO: ¿SUSTITUTO DEL CONTROL JUDICIAL EN LA ADMISIÓN DE EVIDENCIAS ELECTRÓNICAS?

Desde su aprobación por el Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales constituye “la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y pe-

nal en la Unión”¹. Este principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales presupone la confianza recíproca entre las autoridades implicadas, a la vez que se apoya en una progresiva aproximación del contenido de las legislaciones nacionales en la materia. Esta pauta rectora determina que las resoluciones dictadas por una autoridad judicial incardinada en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, en el respectivo ámbito de aplicación y con los presupuestos de las normas que regulan una materia concreta, deberán ser reconocidas y dotadas de eficacia por las autoridades de los demás Estados miembros, prácticamente de forma automática², de tal manera que sólo se podría denegar la cooperación por motivos tasados y objetivados, expresamente contenidos en la normativa de la UE y siempre de interpretación restrictiva³. En este sentido, sería posible afirmar que la existencia

¹ En particular, en el mismo se establece que “el reconocimiento mutuo implica que, aunque un Estado pueda no tratar determinada cuestión de igual modo, o ni siquiera similar al de otro Estado, los resultados se aceptan como equivalentes a las decisiones del propio Estado”. CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE, 15 y 16 de octubre de 1999, COM (2000) 495 final, 26-7-2000, pág. 4.

² Sobre la base de que existe una confianza mutua entre estos países en cuanto al respeto de los derechos fundamentales. Vid. SPENCER, J.R. (2018), “The Principle of mutual Recognition”, en *Handbook of european Criminal Procedure*, Springer, Charm, págs. 281ss. y MITSILEGAS, V. (2019), “The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, págs. 565 ss.

³ Según la Comisión, este reconocimiento de las resoluciones dictadas por los jueces nacionales en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estado miembro supone que, en cuanto tengan implicaciones extranacionales, han de ser también automáticamente aceptadas por todos los demás Estados miembros, surtiendo allí los mismos efectos, o al menos similares. Vid. Preámbulo de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Bruselas 26 de julio de 2000, documento COM (2000), 495 final.

En concreto, la legitimación de este automatismo reposa sobre dos pilares conceptuales: la equivalencia y la confianza. La equivalencia supone que las resoluciones judiciales extranjeras tienen el mismo valor jurídico que las dictadas internamente, incluso si el procedimiento o el fondo de la cuestión difieren. Este principio impone una asimilación normativa que puede llegar a invisibilizar desigualdades estructurales en la protección procesal de los derechos fundamentales. Por su parte, conforme al principio de confianza mutua, los Estados miembros han de partir de la presunción de que los demás ordenamientos jurídicos presentan un sustrato común de respeto al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales. Esta presunción se basa en la pertenencia común al sistema de la UE, la adhesión al CEDH y la vinculación al TEDH en materia de derechos fundamentales y garantías procesales. Vid. DE HOYOS SANCHO, M. (2005), “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, septiembre-diciembre, pág. 813-814.

de una comunidad jurídicamente organizada presupone la interiorización compartida de un conjunto de valores que generan expectativas recíprocas de comportamiento regular, previsible y conforme a pautas de honestidad. Esta dimensión axiológica no solo cumple una función cohesionadora en el plano social, sino que se proyecta también sobre el ámbito procesal, en la medida en que sustenta la confianza institucional en la actuación de los poderes públicos y, en particular, en la fiabilidad de los mecanismos de obtención y valoración de la prueba⁴.

Como criterio que informa la cooperación, el reconocimiento mutuo se completa con la comunicación directa entre autoridades judiciales implicadas, con el uso de formularios estandarizados multilingües y con el establecimiento de plazos cortos para cumplimentar el requerimiento cursado, a lo que se suma la eliminación del requisito de la doble incriminación con respecto a los delitos más graves⁵. Sin embargo, como apunta DE HOYOS SANCHO, este principio rector de la cooperación judicial entre los Estados

El TJUE, en su Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 (apartado 191), también ha afirmado el carácter estructural y vinculante de la confianza mutua, señalando que esta permite la existencia de un espacio sin fronteras interiores. En este sentido, sostiene que, salvo en circunstancias excepcionales, los Estados deben asumir que los demás miembros respetan plenamente el Derecho de la Unión y, especialmente, los derechos reconocidos en la CDFUE. En particular, a los efectos de nuestro trabajo, consideramos interesante reseñar que, dentro de tales derechos fundamentales consagrados en la CDFUE se encuentra la protección de datos de carácter personal (art. 8), a la libertad de expresión e información (art. 11), derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47), la presunción de inocencia y el derecho de defensa (art. 48), el principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49) y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (art. 50).

⁴ JANSSENS, C. (2013), *The principal of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, págs. 28 ss. En el mismo sentido, como se apunta por BORGIA, nos encontramos ante una cuestión trascendental que obedece, no solo a que, durante un prolongado periodo de tiempo la actuación del legislador se ha orientado a garantizar una cooperación eficaz, aun a costa de relegar la tutela de las prerrogativas fundamentales de los individuos, sino también a que, desde un punto de vista teórico, el principio de reconocimiento mutuo presenta notables dificultades de articulación con la introducción de límites a su operatividad, particularmente cuando tales restricciones de fundamentan en el riesgo de lesión de derechos fundamentales. Vid. BORGIA, G. (2024), Prueba penal transfronteriza en la Unión Europea y vulneración de derechos fundamentales. ¿límite u oportunidad?, *El proceso, la prueba y el tiempo de cambio*, Dykinson, pág. 83.

⁵ Vid. DE HOYOS SANCHO, M. (2018), “Algunas dificultades y cuestiones pendientes en la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea relativas a las garantías procesales”, en GONZÁLEZ CANO, M. I., (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, pág. 90.

miembros de la UE dista mucho de ser unánime en su elaboración doctrinal, plasmaciones normativas, interpretación por los operadores jurídicos o en la aceptación por éstos de todas sus posibles consecuencias⁶.

Es más, en el ámbito de la cooperación judicial penal dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el diseño normativo de la UE ha seguido una lógica disfuncional desde el punto de vista garantista. En efecto, se ha procedido de forma inversa a lo que sería deseable en términos de coherencia y legitimidad, al priorizar en una fase inicial la adopción de instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, dejando para etapas posteriores la armonización de las garantías procesales mínimas comunes para los acusados y procesados. Este desfase normativo genera tensiones estructurales dentro del sistema, en particular porque las autoridades judiciales de los Estados miembros que cuentan con estándares más elevados de protección de los derechos fundamentales muestran reticencias a aplicar mecanismos de cooperación automática cuando perciben que los niveles de protección en el Estado requirente son inferiores a los propios. Como consecuencia de esta asimetría en los umbrales de protección, se debilita el principio de confianza mutua, pilar fundamental del modelo de reconocimiento mutuo en materia penal, lo que a su vez reduce la eficacia operativa, genera dilaciones en los procedimientos y aumenta la inseguridad jurídica para los operadores jurídicos en el sistema de cooperación transfronteriza⁷.

No obstante la relevancia de este principio de confianza mutua, no puede perderse de vista que la mencionada presunción de cumplimiento puede suponer que, en la práctica, los Estados miembros se abstengan de solicitar a otro Estado miembro un grado más elevado de protección de los derechos fundamentales que el proporcionado por el Derecho de la Unión o de comprobar si el otro Estado miembro realmente ha respetado los mismos. Esto puede llegar a traducirse en una reducción de la protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario, así como en la propagación de situaciones que no cumplen realmente con las normas europeas para la protección de los derechos fundamentales. Esta asunción acrítica o aceptación automática de la prueba obtenida en otros Estados miembros, sin una mínima verificación de garantías, puede conducir a situaciones de

⁶ Vid. DE HOYOS SANCHO, M. (2007), “El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea”, en JIMENO BULNES, M., (dir.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor, pág. 71.

⁷ Vid. DE HOYOS SANCHO, M. (2018), “Algunas dificultades y cuestiones pendientes ...” *op. cit.*, pág. 115.

vulneración indirecta de derechos, al validarse decisiones o pruebas obtenidas en procedimientos que no cumplen con los estándares del Estado de ejecución. En definitiva, la aplicación rígida del principio de confianza mutua y reconocimiento mutuo puede generar automatismos disfuncionales.

Esta concepción amplia del principio de reconocimiento mutuo ha resultado ampliamente criticada por la doctrina. SCHÜNEMANN⁸ lo califica ilustrativamente como un “lobo con piel de cordero” o un “caballo de Troya” con el que los poderes estatales de los Estados miembros se introducen a través de los muros jurídicos protectores de la UE en las libertades individuales, furtivamente y sin esfuerzo. Para este autor, además, la transposición del principio de reconocimiento mutuo⁹ al ámbito penal ha producido un efecto paradójicamente opuesto al espíritu liberal que lo inspiró. Así, lejos de fomentar la libertad individual o la protección de los derechos fundamentales, ha derivado en un marco de cooperación penal de alta intrusividad y baja garantía. La lógica de reconocimiento automático entre sistemas penales nacionales sin una armonización sustantiva previa de derechos procesales ni de estándares probatorios, conduce a la consolidación de un umbral de intervención penal sumamente bajo, donde las exigencias mínimas de lega-

⁸ Vid. SCHÜNEMANN (2002), “Ein Gespenst geht um in Europa-Brüsseler «Strafrechtspflege» intra muros”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, págs. 500 y ss. En el ordenamiento español, DE HOYOS SANCHO, se postula como partidaria de un concepto más restringido del principio de reconocimiento mutuo por su vinculación directa con el papel del juez nacional como garante de derechos y libertades fundamentales del ciudadano y por considerar que es la consecuencia lógica del actual grado de armonización de la UE en materias penales y procesales. En sus propias palabras “No cabe duda de que el reconocimiento mutuo está permitiendo el avance en la construcción del espacio judicial europeo con pleno respeto a la diversidad de los sistemas jurídicos penales, pero son también evidentes los problemas que tanto desde el punto de vista dogmático como forense puede provocar la falta de armonización penal y procesal, bien sea en forma de vulneración indirecta de principios fundamentales del Estado de Derecho, o bien porque las autoridades judiciales de ejecución acaben haciendo una interpretación extensiva de las causas de rechazo de las solicitudes de reconocimiento de resoluciones, lo que al final dejaría de facto apenas sin eficacia al principio de reconocimiento mutuo. Statu quo, una manera de corregir estos déficits o, quizás mejor, de evitar que la intensificación y simplificación de la cooperación judicial penal en el ámbito de la UE tenga consecuencias no deseables desde la perspectiva de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, lo que conllevaría además una notoria ralentización, será optar por una interpretación restringida del principio de reconocimiento mutuo (...)”. Vid. DE HOYOS SANCHO, M. (2005), “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales (...)”, *op. cit.*, pág. 825.

⁹ Originalmente diseñado para facilitar la libre circulación de mercancías en el mercado interior.

lidad, proporcionalidad o contradicción ceden ante imperativos operativos. Este enfoque, *de facto*, homogeniza a la baja los derechos procesales de los ciudadanos europeos, transformando el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en una estructura de equiparación formal, pero a costa de situar el estándar de protección en su punto más débil. Esta tendencia, ha dado lugar a lo que el citado autor denomina como “principio de máxima punibilidad”, es decir, una disponibilidad ampliada del poder penal estatal a través de las fronteras, que se combina con un preocupante “principio de cautela mínima”, esto es, una protección jurídica debilitada frente a las injerencias de los Estados.

En definitiva, el reconocimiento mutuo en material penal, sin mecanismos robustos de revisión ni filtros garantistas adecuados, debilita el modelo de Estado de Derecho europeo, ya que posibilita la aplicación transfronteriza de decisiones penales con base en estándares dispares, sin control efectivo del respeto a los derechos fundamentales consagrados, entre otros, en la CDFUE.

Por ello, la mayoría de la doctrina, especialmente en el orden penal, aboga por mantener este principio de reconocimiento mutuo, si bien con una serie de cautelas. En concreto, para VOGEL estas cautelas vendrían determinadas por lo que denomina “orden público europeo”: el conjunto de derechos, libertades y garantías reconocidos en el CEDH, tal y como son interpretados por el TEDH, la CDFUE¹⁰ y la jurisprudencia del TJUE aplicando el Derecho de la Unión. Además, en el orden procesal penal, por su trascendencia, resulta también relevante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en especial, su art. 14, donde se consagran las garantías esenciales del derecho a un proceso equitativo¹¹. Ahora bien, dado que, en muchos casos, nos encontramos ante riesgos potenciales de lesión futura, y no frente a una violación consumada, no puede exigirse prueba plena de la afectación concreta del derecho. En estos contextos, el deber del órgano jurisdiccional del Estado requerido se traduce en realizar una valoración prudente, basada en indicios objetivos, razonables y debidamente motivados¹².

¹⁰ VOGEL, J. (2002), “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, *El derecho penal internacional*, Madrid, págs. 171 y ss.

¹¹ *Vid.* DE HOYOS SANCHO, M. (2005), “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales...”, *op. cit.*, pág. 837.

¹² En efecto, tal y como ha reconocido el TJUE en casos como *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU), la mera existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante, o de falta de tutela judicial efectiva, obliga a suspender o denegar la ejecución

Esta posibilidad de control jurisdiccional no supone una desnaturalización del reconocimiento mutuo, sino su complemento necesario en una Unión en la que la confianza mutua debe ser real y no ficticia. Así, se evita que el principio de confianza mutua se convierta en una presunción irrefutable, vacía de contenido, incluso cuando existen motivos verosímiles para temer un quebranto del orden público procesal europeo.

No obstante, el uso de esta cláusula de salvaguarda ha de ser excepcional y proporcionada, evitando que se emplee como pretexto para justificar resistencias nacionales estructurales o desconfianzas genéricas hacia determinados sistemas judiciales. Lo esencial es que la denegación esté basada en hechos verificables y concretos, y no apreciaciones arbitrarias o ideológicas. Por tanto, la protección del orden público europeo exige una articulación equilibrada entre el respeto del principio de reconocimiento mutuo y la necesidad de evitar la ejecución de decisiones que puedan suponer una vulneración grave de los derechos fundamentales. En consecuencia, pese a la formulación teórica del principio de reconocimiento mutuo como un mecanismo de aceptación automática de resoluciones judiciales extranjeras, la realidad normativa ha adoptado una interpretación restringida de dicho principio en el ámbito penal. Esta visión más matizada del principio en cuestión se refleja en diversos instrumentos jurídicos de la Unión. En concreto, de forma paradigmática, en la Decisión Marco 2002/584/JAI sobre la orden europea de detención y entrega¹³. Dicho instrumento, prevé una serie de causas obligatorias y facultativas de denegación de la ejecu-

de la resolución solicitada si no se ofrecen garantías suficientes por parte del Estado de emisión.

¹³ La tendencia a modular el principio de reconocimiento mutuo no se limita al ámbito de la orden de detención europea, sino que se constata también en diversas Decisiones Marco que abordan medidas procesales como: la Decisión Marco 2003/577/JAI sobre la ejecución de resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; la Decisión Marco 2005/212/JAI, relativa al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; y la Decisión Marco 2005/214/JAI sobre el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. En todas ellas, se establece un modelo de cooperación judicial sustentado formalmente en el reconocimiento mutuo, pero no exento de límites expresamente tipificados. Se reconocen, así, diversas causas de denegación, lo que refuerza la función del órgano judicial de ejecución como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales en el proceso de cooperación. Y, en la misma línea, la Decisión Marco 2009/829/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional y la Decisión Marco 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección reproducen esta lógica de reconocimiento mutuo en un sentido estricto.

ción, algunas de las cuales están sujetas a una interpretación judicial. Este diseño normativo confirma que el juez de ejecución conserva un rol activo como garante, directo e indirecto, de los derechos fundamentales de la persona reclamada¹⁴, particularmente en lo relativo a su derecho a un proceso justo, a la tutela judicial efectiva y a la protección frente a situaciones de riesgo sistémico.

En el mismo sentido, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, aun reconociendo en su Considerando segundo el carácter basilar del principio de reconocimiento mutuo para la cooperación judicial en materia penal, establece expresamente en su Considerando 19 que, si bien la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se basa en la confianza mutua y en una presunción del respeto, por los Estados Miembros, del Derecho de la Unión y, en particular, de los Derechos fundamentales, ello constituye una presunción *iuris tantum*¹⁵. En consecuencia, de existir motivos sustanciales para creer que la ejecución de una medida de investigación indicada en la OEI vulnera un derecho fundamental del interesado y que el Estado de ejecución ignora sus obligaciones relativas a la protección de derechos fundamentales reconocidos en la Carta, la ejecución de la OEI debe denegarse. Esta previsión introduce un límite significativo al automatismo del principio de reconocimiento mutuo, al reforzar el margen de control judicial en el Estado de ejecución. La Directiva asume, en consecuencia, que la confianza mutua no es absoluta ni incondicional, sino que debe estar mediada por la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Se proyecta, así, una concepción de la confianza mutua más realista y garantista, que articula un contrapeso necesario entre la eficacia de la cooperación judicial y la primacía de los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo.

Incluso el TJUE, en diversas resoluciones, ha llegado a establecer excepciones a esta confianza mutua en base a la violación de los derechos fundamentales, destacando la importancia del intercambio de información entre los Estados miembros¹⁶. Sin embargo, este planteamiento eleva la siguiente

¹⁴ Vid. DE HOYOS SANCHO, M. (2007), “El principio de reconocimiento mutuo...”, *op. cit.*, pág. 81.

¹⁵ Lo que supone un importante avance desde el punto de vista de la protección de las garantías de los sujetos implicados en el procedimiento penal transnacional. Vid. BORGIA, G. (2024), “Prueba penal transfronteriza...”, *op. cit.*, pág. 84.

¹⁶ A tales efectos pueden consultarse las SSTJUE, de 21 de diciembre de 2011, *NS*, C-411/10; de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Caldáru*, C-404/15 y C-659/15; de 25 de

cuestión desde el punto de vista teórico ¿cómo puede justificarse que no todas las violaciones de derechos fundamentales suponen una pérdida de la confianza mutua?

III. LA DOCTRINA ENCROCHAT

Entre las resoluciones en las que se contemplan excepciones a este principio de confianza mutua con base en la violación de derechos fundamentales, resulta interesante aludir a la STJUE de 30 de abril de 2024¹⁷, en el conocido caso *EncroChat*, en la que se establecen criterios relevantes para determinar la admisibilidad probatoria de la información obtenida mediante el acceso masivo a los datos de una plataforma de mensajería. En particular, el Tribunal perfila las condiciones bajo las cuales pueden considerarse conformes al Derecho de la Unión las actuaciones de las autoridades policiales que, con la

julio de 2018, LM, C-216/18; de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16. Más recientemente, resulta interesante detenerse en el asunto *Gavanozov II*, donde por primera vez, en el marco de un instrumento de reconocimiento mutuo, se perfila de manera expresa el estándar de conducta exigible a la autoridad emisora frente al riesgo de una eventual vulneración de derechos fundamentales. En concreto, la constatación de una vulneración sistemática de garantías fundamentales operaba únicamente como un criterio habilitante para que la autoridad de ejecución pudiera denegar la cooperación. En otros términos, la tutela de los derechos fundamentales se configuraba primordialmente como un límite externo al principio de reconocimiento mutuo. La interpretación que lleva acabo el tribunal en este pronunciamiento introduce, sin embargo, un desplazamiento cualitativo de indudable relevancia. Al afirmarse que corresponde a la propia autoridad emisora abstenerse de activar el instrumento (en este caso la OEI), cuando exista un riesgo apreciable de lesión de derechos fundamentales, se está reconceptualizando el papel de tales derechos en la arquitectura del reconocimiento mutuo. Ya no se trata únicamente de un mecanismo de contención *ex post*, articulado a través de la facultad de denegación de la autoridad de ejecución, sino de una auténtica condición de operatividad *ex ante* del sistema. *Vid.* HERNANDEZ WEISS, A. (2022), “Effective protection or rights as a precondition to mutual recognition: some thoughts on the CJEU’s Gavanozov II decision”, *New Journal of European criminal Law*, vol.13, núm. 2, pág. 186 ss.

¹⁷ Asunto C-670/22. En esta sentencia, se da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes en relación con la utilización, en aquel Estado, de la información remitida por las autoridades francesas tras el acceso masivo que estas efectuaron a miles de comunicaciones en tiempo real a través de la plataforma de mensajería encriptada *EncroChat*.

colaboración de los servicios de inteligencia de un Estado, recaban este tipo de evidencias en contextos de investigación penal¹⁸.

1. LOS HECHOS

La investigación sobre *EncroChat* se remonta a 2017, a partir de la detección reiterada de dispositivos *EncroPhone* en el marco de actuaciones policiales vinculadas, fundamentalmente, al tráfico de estupefacientes. Sobre la base de estos indicios indirectos, en 2018 la Jurisdicción Interregional Especializada (JIRS) de Lille incoó diligencias por diversos ilícitos, entre los que figuraba la importación y transferencia de medios de cifrado no destinados a funciones de autenticación, conforme a lo previsto en la legislación francesa aplicable. El desarrollo de la investigación permitió ubicar en Roubaix los servidores que sostenían la infraestructura de comunicaciones de la red.

Mediante resolución de 20 de enero de 2020 se autorizó el acceso policial a dichos servidores, así como la conservación de los datos correspondientes a ejercicios anteriores. En una fase ulterior, y en el marco de la cooperación con autoridades neerlandesas, se implementó un software intrusivo —de naturaleza asimilable a un troyano— que, tras su instalación en la primavera de 2020, hizo posible la interceptación sistemática de las comunicaciones entre el 1 de abril y el 13 de junio de ese mismo año. Dicha operación se llevó a cabo con el apoyo de EUROPOL, organismo que no solo colaboró en el acceso y tratamiento de la información, sino que asumió un papel central en su análisis en tiempo real. A medida que avanzaba dicho proceso analítico, esta agencia procedía a contactar con los Estados miembros cuyos nacionales aparecían vinculados al uso de la plataforma. La magnitud de la intervención —que permitió acceder a las comunicaciones de más de 75.000 usuarios distribuidos en más de un centenar de países— obligó a articular mecanismos de coordinación internacional. En este contexto, y con el apoyo de instancias de cooperación judicial, se promovieron reuniones informativas con los Estados potencialmente afectados, entre ellos España, a fin de poner en su conocimiento los resultados preliminares

¹⁸ Sobre la mencionada sentencia, puede consultarse SAGITTAE, G. (2023), “On the lawfulness of the EncroChat and Sy ECC-operations”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 14, núm.3, págs. 273-293 y, en español, puede acudir a URIARTE VALLENTE, L.M. (2025), “Análisis de la Sentencia Encrochat. La transmisión de la prueba electrónica en la UE”, en *Derecho Procesal y Ciudadanía. Retos socioeconómicos y politización de la Justicia*, Atelier, págs. 475-496.

de la operación. Los datos así obtenidos fueron posteriormente incorporados como material probatorio en procedimientos penales seguidos en diversos Estados miembros.

Sin embargo, la licitud de dicha prueba ha sido objeto de una impugnación reiterada. Las objeciones se han centrado, esencialmente, en el carácter masivo e indiscriminado de la intervención, que habría supuesto una injerencia generalizada en las comunicaciones privadas de miles de usuarios sin la concurrencia de indicios individualizados de actividad delictiva más allá del mero uso de la aplicación. Este rasgo aproxima la operación, desde una perspectiva crítica, a dinámicas de investigación prospectiva difícilmente conciliables con los estándares garantistas propios de los ordenamientos nacionales. Otro de los elementos controvertidos de la operación reside en la ausencia de transparencia respecto de las características técnicas del instrumento empleado. La calificación de la actuación como secreto de Estado, al amparo de la normativa procesal francesa, ha impedido la divulgación del funcionamiento del algoritmo de intrusión, generando así un déficit estructural de cognoscibilidad que se sitúa en el origen de buena parte de las alegaciones de indefensión planteadas ante distintos tribunales europeos.

2. LAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES A *EncroChat* EN EUROPA

Antes que en España, la cuestión de *EncroChat* ha sido ya tratada con anterioridad por los tribunales de Francia, Italia y Alemania, llegando estos últimos a plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial que dio lugar a la, ya referida, STJUE de 30 de abril de 2024 (asunto C-670/22).

2.1. Francia

La respuesta de la jurisprudencia francesa en torno a la obtención y utilización procesal de los datos procedentes de *EncroChat* se caracteriza, en esencia, por una aproximación marcadamente endógena, centrada en la verificación de la conformidad de las actuaciones con el Derecho interno, sin proyectar un análisis autónomo sobre las implicaciones derivadas de la circulación transnacional de la prueba en el espacio judicial europeo. En este marco, la Corte de Casación ha consolidado una línea jurisprudencial claramente favorable a la validez de las evidencias obtenidas, apoyándose en tres pilares argumentales fundamentales. En primer lugar, en la amplitud habilitante del artículo 706-102-1 del *Code de procédure pénale*, que legitima tanto la captación de datos almacenados como la interceptación de comunicaciones en curso mediante el empleo de medios técnicos estatales

sometidos a reserva. En segundo término, en la consideración de que la información procedente de *EncroChat* no constituye el único soporte probatorio, sino que se integra en un acervo más amplio que permite descartar la invalidez global del procedimiento. Y, finalmente, en la reafirmación de la compatibilidad constitucional del citado marco normativo, avalada por el Consejo Constitucional.

Aunque en su primer pronunciamiento —Sentencia de la Corte de Casación de 11 de octubre de 202— el tribunal apreció determinadas deficiencias formales en la acreditación de la autenticidad de los datos, ello no condujo a una deslegitimación de la operación en su conjunto, sino a una corrección puntual que no afectó a la licitud estructural de la obtención probatoria. Esta orientación ha sido posteriormente reiterada y reforzada en resoluciones sucesivas, consolidando un criterio estable de admisibilidad. Posteriormente, la Corte de Casación ha ratificado esta línea interpretativa en diversos pronunciamientos, entre los que destacan las resoluciones de 14 de febrero de 2023¹⁹, 5 de marzo de 2024²⁰, 7 de enero de 2025²¹ y 3 de junio de 2025²², consolidando así un criterio jurisprudencial favorable a la validez procesal de las evidencias obtenidas en el marco de la operación *EncroChat*.

La idea central que se desprende de esta construcción jurisprudencial es, por tanto, la afirmación de un modelo de validación probatoria que privilegia la suficiencia del marco legal interno y la funcionalidad de la investigación penal frente a eventuales objeciones vinculadas a la opacidad técnica o a la dimensión transnacional de la prueba. Se trata, en definitiva, de una concepción que, al no problematizar de forma expresa la circulación europea de estos elementos probatorios, contrasta con las tensiones garantistas advertidas en otros ordenamientos y pone de relieve las asimetrías existentes en la articulación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal.

¹⁹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 février 2023, 22-84.288 – ECLI:FR:CCASS:2023:CR00173.

²⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 mars 2024, 23.84.626 – ECLI:FR:C-CASS:2024:CR00235.

²¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 janvier 2025, 24-82.908 – ECLI:FR:C-CASS:2025:CR00009

²² Cour de cassation, Chambre criminelle, 3 juin 2025, 24-86.34 – ECLI:FR:C-CASS:2025:CR00638.

2.2. Italia

La Corte de Casación italiana ha abordado en diversas resoluciones la admisibilidad procesal de los datos obtenidos a partir de la plataforma *EncroChat*. En concreto, en la sentencia n° 34059/2022²³, de 15 de septiembre, se afirma la licitud de su incorporación al proceso penal al amparo del artículo 234 bis del *Codice di procedura penale*²⁴, precepto que autoriza la adquisición de documentos y datos informáticos almacenados en el extranjero, siempre que medie el consentimiento del titular legítimo de los mismos.

Por su parte, la sentencia n° 6364/2023²⁵, de 15 de febrero analiza específicamente la validez de la OEI emitida para obtener dicha información. En particular, el tribunal sostiene su conformidad a Derecho sobre la base de tres consideraciones principales: en primer lugar, la existencia de una presunción de legalidad respecto de las actuaciones realizadas por las autoridades extranjeras; en segundo término, la falta de competencia del juez italiano para revisar la regularidad de los actos de investigación ejecutados por la autoridad judicial del Estado requerido; y, finalmente, la presunción —en ausencia de alegaciones concretas en contrario— de que la autoridad judicial francesa actuó respetando las exigencias normativas del ordenamiento de ejecución.

Este criterio jurisprudencial ha sido posteriormente reiterado por la Corte de Casación en distintas resoluciones, entre ellas las sentencias n° 16345/2023²⁶ y n° 16347/2023²⁷, ambas de 18 de abril, así como la n° 47798/2023²⁸, de 30 de noviembre, consolidando así una línea interpretativa favorable a la utilización procesal de las evidencias derivadas de *EncroChat*.

2.3. Alemania

La posición adoptada en el ordenamiento alemán en relación con los datos procedentes de *EncroChat* se articula en torno a una comprensión particularmente robusta del principio de reconocimiento mutuo y de la lógica funcional de la cooperación judicial europea. En su sentencia de 2 de

²³ ECLI:IT:CASS:2022:34059PEN

²⁴ Artículo 234 bis *Codice di procedura penale*: « È sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare».

²⁵ ECLI: IT:CASS:2023:6364PEN

²⁶ ECLI:IT:CASS:2023:16347PEN

²⁷ ECLI:IT:CASS:2023:47798PEN

²⁸ ECLI:IT:CASS:2023:47798PEN

marzo de 2022²⁹, el *Bundesgerichtshof* estableció una doctrina que ha sido posteriormente consolidada y reiterada, configurando un marco claramente favorable a la admisibilidad de este tipo de evidencias en el proceso penal alemán.

El eje central de su razonamiento descansa en la afirmación de una presunción de licitud —*iuris tantum*— respecto de la actuación de las autoridades del Estado de ejecución, derivada del principio de confianza mutua. Sobre esta base, el tribunal niega que los órganos jurisdiccionales alemanes estén habilitados para revisar la conformidad de la obtención de la prueba con el Derecho del Estado requerido, en aplicación del principio *locus regit actum* y en coherencia con la ausencia de previsión expresa en la Directiva 2014/41/UE que imponga tal control. Asimismo, el tribunal introduce una distinción relevante en relación con la naturaleza de la OEI, diferenciando entre aquellas dirigidas a la práctica de nuevas diligencias y las orientadas a la mera transmisión de resultados ya obtenidos. En el caso *EncroChat*, el *Bundesgerichtshof* entiende que nos encontramos ante este segundo supuesto, lo que excluye la exigencia de verificar si la medida habría sido admisible conforme al Derecho interno alemán. De este modo, la protección de los derechos fundamentales se desplaza a dos momentos diferenciados: el control inicial en la emisión de la OEI y, posteriormente, la valoración judicial de la prueba en el proceso, con respeto a las garantías de defensa. En coherencia con esta lógica, el tribunal minimiza también el alcance garantista de determinadas exigencias formales de la Directiva, como el deber de notificación previsto en su artículo 31, cuya omisión —en el caso concreto, por parte de las autoridades francesas— no se considera determinante para la exclusión probatoria, al interpretarse como un mecanismo de ordenación de las relaciones entre Estados más que como una garantía directa de los derechos individuales. La relevancia de esta resolución ha sido posteriormente reconocida por el propio tribunal³⁰, que la ha citado reiteradamente en decisiones posteriores, entre ellas las de 6 de abril de 2022³¹, 5 de julio de 2022³² y 16 de febrero de 2023³³, consolidando así su doctrina sobre la

²⁹ ECLI:DE:BGH:2022:020322B5STRT457.21.0

³⁰ Que la ha calificado como “histórica” (BGH 5 StR 442/23. *Beschluss vom 19 juni 2024 —LG Leipzig—*; BGH 5 StR 455/23 -*Beschluss vom 19 juni 2024 —LG Leipzig— y BGH 5 StR 202/24 – Beschluss vom 30 juli 2024 —LG Hamburg—*).

³¹ BGH 6 StR 55/22 – *Beschluss vom 6 april 2022 (LG Halle)*

³² BGH 4 StR 61/22 – *Beschluss vom 5 Juli 2022 (LG Oldenburg)*

³³ BGH 4 StR 63/22 – *Beschluss vom 16 Februar 2023 (LG Hagen)*

admisibilidad de los datos procedentes de *EncroChat* en el proceso penal alemán.

En síntesis, la doctrina alemana se caracteriza por una clara deferencia hacia la actuación del Estado de ejecución y por una concepción funcional del sistema de cooperación judicial, en la que la eficacia del reconocimiento mutuo prevalece sobre un control sustantivo de las condiciones de obtención de la prueba. Esta orientación, reiterada en resoluciones posteriores, consolida un modelo en el que la admisibilidad de la prueba transnacional se apoya fundamentalmente en la confianza institucional, relegando a un plano secundario las eventuales objeciones vinculadas a su génesis técnica o a posibles déficits de garantías en su obtención.

No obstante, la doctrina inicialmente fijada por el BGH generó relevantes dudas interpretativas en torno a su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Estas dudas cristalizaron en la decisión del Landgericht Berlin de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, que dio lugar a la sentencia de 30 de abril de 2024 (asunto C-670/22). Dicha remisión se inscribe directamente en la estela de la jurisprudencia del BGH, en la medida en que pretendía dilucidar, precisamente, si el modelo alemán —basado en la no revisión de la legalidad de la obtención de la prueba por el Estado de ejecución y en la admisibilidad de datos ya existentes transmitidos mediante una OEI— resultaba conforme con las exigencias derivadas de la Directiva 2014/41/UE. En particular, la cuestión prejudicial planteaba problemas nucleares que inciden directamente en la lógica del razonamiento alemán: (i) si una autoridad no judicial (como el fiscal) puede emitir válidamente una OEI dirigida a la obtención de datos ya existentes en otro Estado miembro; (ii) en qué medida debe verificarse el respeto del Derecho de la Unión en la obtención de tales datos; y (iii) cuáles son las consecuencias procesales de una eventual infracción de ese Derecho en términos de utilización probatoria.

La respuesta del TJUE adquiere así una relevancia estructural, en la medida en que introduce un nivel de control europeo sobre un modelo —el alemán— que, hasta ese momento, se había construido sobre la base de una confianza prácticamente plena en la actuación del Estado de ejecución. Dicho de otro modo, la cuestión prejudicial evidencia las tensiones inherentes al sistema: frente a una concepción fuertemente funcional del reconocimiento mutuo, emerge la necesidad de articular límites derivados del respeto efectivo de los derechos fundamentales y del propio Derecho de la Unión.

Desde una perspectiva sistemática, este episodio pone de manifiesto un elemento de singular importancia: la doctrina del BGH no se agota en el plano interno, sino que ha actuado como catalizador de un debate europeo de mayor alcance sobre los estándares de admisibilidad de la prueba transnacional.

3. LA STJUE DE 30 DE ABRIL DE 2024 (ASUNTO C-670/2022)

La evolución del debate en torno a la admisibilidad de los datos procedentes de *EncroChat* alcanza un punto de inflexión con la intervención del TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2024 (asunto C-670/22), dictada precisamente a raíz de las dudas suscitadas en el seno de la jurisdicción alemana. Como se ha expuesto, el modelo acogido por el BGH se asentaba sobre una confianza reforzada en la actuación del Estado de ejecución y una limitada disposición a revisar las condiciones de obtención de la prueba. Frente a ello, el pronunciamiento del TJUE introduce un elemento de corrección relevante, al desplazar el foco desde la mera regularidad formal de la cooperación hacia la efectividad de las garantías procesales en el Estado de emisión.

En este contexto, si bien el TJUE reconoce que, en principio, corresponde exclusivamente al Derecho nacional determinar las normas relativas a la admisibilidad y apreciación, en el marco jurídico penal, de información y pruebas obtenidas de forma contraria al Derecho de la Unión, se obliga a los Estados Miembros a velar por que, en los procesos penales en el Estado de emisión, se respeten los derechos de defensa y equidad del proceso al evaluar las pruebas recabadas. En consecuencia, cuando un órgano jurisdiccional considere que una parte no está en condiciones de comentar eficazmente³⁴ un elemento de prueba obtenida de un modo que pueda influir

³⁴ No obstante, una lectura detallada de este pasaje de la resolución permite constatar cómo la inicial satisfacción que pudiera derivarse del reconocimiento expreso (por primera vez en el ámbito de la cooperación judicial) de una regla de exclusión en el marco de la UE se ve rápidamente sustituida por una cierta perplejidad interpretativa. En efecto, no resulta en modo alguno evidente qué deba entenderse por la exigencia de posibilitar un “comentario eficaz”, esto es, cuál es el grado de detalle o profundidad que ha de garantizarse a la defensa para que pueda llevar a cabo sus propias labores de verificación. Pero, sobre todo, la potencial eficacia de dicha regla de exclusión aparece sensiblemente debilitada al condicionarse su operatividad a que las pruebas afectadas ostenten un carácter decisivo o preponderante en la formación de la convicción judicial, lo que, en la práctica, reduce significativamente su alcance garantista. *Vid.* BORGIA, G. (2024), “Prueba penal transfronteriza...”, *op. cit.*, pág.93. Por su parte, para LADRÓN

destacadamente en la apreciación de los hechos, dicho órgano jurisdiccional debe declarar que existe una violación del derecho a un juicio justo y excluir este elemento de prueba (apartado 105).

De esta manera, el TJUE aborda con firmeza (aunque dentro de los límites de la cuestión prejudicial planteada), la importancia de garantizar el principio adversarial, entendido como garantía de que las partes puedan debatir y contradecir de forma efectiva los elementos probatorios. Dicho principio ya había sido perfilado por la jurisprudencia del Tribunal, en particular en la sentencia de 2 de marzo de 2021 (asunto *Prokuratuur*), en la que se apuntaba, aunque no de forma categórica, a la posibilidad de excluir aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, dejando cierto margen a los ordenamientos nacionales que ya habían acogido esta doctrina³⁵. La relevancia de *EncroChat* radica en que este planteamiento, inicialmente concebido como una opción, se erige ahora en un verdadero estándar de valoración: los órganos jurisdiccionales están compelidos a ponderar si una prueba obtenida de forma cuestionable puede o no desplegar eficacia probatoria, siempre en el marco de la garantía del derecho a un juicio justo (art. 47 CDFUE). Ahora bien, el Tribunal se aparta de una concepción automática de la nulidad probatoria: la exclusión deja de operar como una consecuencia necesaria de la ilicitud en la obtención y pasa a configurarse como el resultado de un juicio casuístico, orientado a determinar si el uso de la prueba compromete, en concreto, la equidad del proceso³⁶.

También conviene recordar en este punto que, el TEDH³⁷ ya ha declarado que el derecho de acceso a las fuentes de prueba no reviste carácter abso-

DE GUEVARA PASCUAL este “comentar eficazmente” no se refiere tanto a tener acceso a toda la información obtenida sino a poder constatar la integridad y autenticidad de las pruebas aportadas. *Vid.* LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, C. (2025), “Obtención de evidencias digitales de plataformas de comunicación encriptadas y el derecho de defensa”, en *Derecho Procesal y ciudadanía. Retos socioeconómicos y politización de la Justicia*, Atelier, pág. 515.

³⁵ Se alinea, asimismo, en este sentido, con la jurisprudencia del TEDH en sus sentencias *Bylov v. Rusia*, de 10 de marzo de 2009, apartados 88-90; *Huseyn and Others v. Azerbaijan* de 26 de julio de 2011, apartados 199, 200 y 211; *SA-Capital Oy v. Finlandia*, de 14 de febrero de 2019, apartado 78 y *Kobiashvili v. Georgia*, de 14 de marzo de 2019, apartado 56, entre otras.

³⁶ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L. (2024), “EncroChat y las claves de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2024”, *Diario La Ley*, núm. 10526, Sección Tribuna.

³⁷ *Jasper v. Reino Unido* (GC), de 16 de febrero de 2000, párrafo 52.

luto, siendo susceptible de limitaciones. Así, reconoce que en el proceso penal pueden concurrir intereses contrapuestos —tales como la seguridad nacional o la necesidad de preservar la confidencialidad de los métodos de investigación policial— que justifiquen la no revelación íntegra de las fuentes probatorias o de las técnicas empleadas para su obtención. En consecuencia, la valoración del acceso a las fuentes de prueba desde la perspectiva del derecho a un proceso equitativo exige una ponderación casuística entre dichos intereses y las garantías que asisten al acusado, en particular su derecho de defensa y el principio de igualdad de armas³⁸.

El TJUE aborda igualmente en su resolución una cuestión de singular relevancia sistemática: el alcance del deber de notificación previsto en el artículo 31 de la Directiva 2014/41/UE, aplicable a aquellos supuestos en los que un Estado miembro lleva a cabo una intervención de comunicaciones en el territorio de otro sin requerir su asistencia técnica. En este punto, el Tribunal parte de un análisis funcional del precepto, concluyendo que la medida desplegada por las autoridades francesas —consistente en el acceso a comunicaciones almacenadas en un servidor y en la captación de datos desde terminales móviles— debe ser calificada, a efectos jurídicos, como una verdadera “interceptación de comunicaciones”³⁹. De ello se deriva, en

³⁸ BACHMAIER WINTER, L. (2024) “La lucha por las garantías procesales y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la *mass surveillance* en Europa”, en *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos*, Aranzadi, pág. 53-54.

³⁹ En torno a esta cuestión resulta interesante la reflexión de BACHMAIER WINTER, quien pone de manifiesto la aparente tensión existente entre los distintos enfoques adoptados por el TJUE. En efecto, mientras que, a efectos de la emisión de la OEI, la medida no es calificada como una interceptación de comunicaciones —lo que habría exigido la previa autorización judicial—, sí recibe tal consideración a los efectos de la notificación prevista en el artículo 31 de la Directiva. Con todo, como la propia autora matiza, dicha contradicción puede reconducirse si se interpreta que la sentencia del Tribunal opera en planos diferenciados. De un lado, se sitúan los requisitos exigibles a las autoridades del Estado emisor —en el caso, Alemania— en el momento de acordar la emisión de la OEI; de otro, los que incumben a las autoridades del Estado de ejecución —Francia— en relación con la práctica de la medida de investigación. Desde esta perspectiva, la dualidad de calificaciones respondería no tanto a una incoherencia interna, como a la distinta función que cada uno de estos niveles desempeña en el marco de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Estas y otras reflexiones sobre la interpretación de este art. 31 de la Directiva en la sentencia alemana pueden ser consultadas en BACHMAIER WINTER, L. (2024) “La lucha por las garantías procesales y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la *mass surveillance* en Europa”, en *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos*, Aranzadi, pág. 50-52.

consecuencia, la exigibilidad de la correspondiente notificación mediante el envío del anexo C, obligación que, sin embargo, no fue observada en el caso concreto.

Ahora bien, el Tribunal delimita con precisión el alcance de dicha exigencia, subrayando que la facultad de reacción del Estado notificado presenta un carácter estrictamente tasado. En efecto, conforme al tenor del artículo 31, la autoridad destinataria únicamente puede oponerse a la medida —o condicionar el uso ulterior de los datos— cuando una intervención equivalente no hubiera sido autorizable en un supuesto interno análogo. Por el contrario, si la medida resulta conforme al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio se encuentra el afectado, dicho Estado carece de base para impedir su ejecución⁴⁰. De este modo, el control sobre la observancia de los derechos fundamentales queda, en lo esencial, concentrado en la autoridad judicial del Estado que acuerda y ejecuta la intervención, lo que evidencia una notable asimetría en la distribución de garantías dentro del sistema⁴¹.

Con todo, el interés del pronunciamiento trasciende esta dimensión estrictamente procedimental. El asunto *EncroChat* se erige, en realidad, en un laboratorio privilegiado para redefinir los contornos del principio de reconocimiento mutuo en materia penal. En esta línea, el TJUE introduce una precisión de gran calado: dicho principio no puede operar cuando su aplicación comporte una vulneración manifiesta de los derechos fundamentales de los justiciables. Esta afirmación proyecta sus efectos tanto sobre la propia natu-

⁴⁰ En términos más precisos, si se concluyera que el supuesto enjuiciado se incardina en el ámbito de aplicación del artículo 31 y que Francia incumplió la obligación de remitir el anexo C, dicho incumplimiento solo desplegaría efectos jurídicos en aquellos Estados en los que, conforme a su ordenamiento interno, una medida de intervención equivalente no habría resultado autorizable.

⁴¹ En esta línea, URIARTE VALIENTE sostiene que, aun cuando las autoridades francesas no procedieron a la remisión formal del anexo C en los términos exigidos, la puesta en conocimiento de la intervención al Estado afectado tuvo lugar ulteriormente a través de mecanismos de intercambio espontáneo de información. Añade, además, que incluso con anterioridad a dicho cauce informal, las autoridades francesas ya habían informado de la medida a los Estados potencialmente concernidos mediante la intermediación de EUROPOL. *Vid.* URIARTE VALIENTE, L.M. (2025), “Análisis de la Sentencia Encrochat (...)”, *op. cit.*, pág. 488.

De igual modo, subraya que la imposibilidad de efectuar una notificación en tiempo real del anexo C obedecía a limitaciones de carácter técnico-operativo, en la medida en que, en las fases iniciales de la intervención, no resultaba viable identificar con precisión el origen de cada comunicación interceptada, siendo ello únicamente factible tras la realización de un análisis pormenorizado y sistemático de los datos obtenidos.

raleza de la injerencia —caracterizada, en este caso, por su alcance masivo e indiscriminado— como sobre las condiciones en que la prueba resultante se incorpora al proceso penal en los distintos Estados miembros.

En particular, la combinación de factores como la opacidad en los métodos de obtención, la imposibilidad de acceso a la fuente original de la prueba⁴² y las dificultades para verificar la integridad de la cadena de custodia digital inciden directamente en la capacidad de la defensa para ejercer un control contradictorio efectivo. Desde esta perspectiva, tales limitaciones no pueden considerarse meras disfunciones técnicas, sino que afectan al núcleo mismo del derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 47 de la CDFUE⁴³.

Así, en coherencia con lo ya apuntado en relación con el principio adversarial, el Tribunal desplaza el centro de gravedad del análisis hacia la efectividad real de las garantías procesales. La confianza mutua deja de configurarse como un presupuesto absoluto para convertirse en una confianza condicionada, cuya operatividad queda supeditada al respeto verificable de los derechos fundamentales. En este contexto, el caso *EncroChat* evidencia con particular intensidad las tensiones entre eficacia investigadora y garantías procesales, y pone de manifiesto la necesidad de avanzar hacia un modelo en el que la cooperación judicial no se articule únicamente sobre la

⁴² Como se apunta por MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO y ARRANZ MACAYO, la imposibilidad de que cualquier parte pueda acceder a los datos originales, contradice la jurisprudencia española y la del TEDH que subraya la necesidad de que las personas que hayan sufrido una injerencia en sus derechos fundamentales tenga la posibilidad de cuestionar la licitud de la fuente de conocimiento empleada en su contra. *Vid.* MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I. y ARRANZ MACAYO, R. (2024), “Aplicación de la doctrina EncroChat por nuestros tribunales de justicia”, *La Ley Penal*, núm. 169.

⁴³ El software empleado por las autoridades para llevar a cabo la intervención de *EncroChat* se encuentra amparado por la normativa francesa relativa al “secreto de Estado” o “secreto de defensa”. Esta circunstancia implica que ninguna de las partes procesales haya podido acceder a los datos originales obtenidos en la operación, limitándose su conocimiento a la información previamente tratada y filtrada por los agentes de EURO-POL. Tal restricción resulta difícilmente conciliable tanto con la jurisprudencia española como con la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH, Sección 3ª, de 7 de julio de 2015, caso M.N. y otros vs. San Marino; asunto 28005/12), que han subrayado de manera reiterada la necesidad de garantizar a las personas afectadas por injerencias en sus derechos fundamentales la posibilidad de cuestionar la licitud de la fuente de prueba empleada en su contra, así como de ejercer un control efectivo sobre la forma en que dicha prueba ha sido obtenida y preservada.

base de la confianza, sino también sobre la exigencia de control y transparencia.

4. ANTECEDENTES PROCESALES EN ESPAÑA

En el caso español, la recepción y utilización procesal de los datos procedentes de *EncroChat* se inserta plenamente en la lógica del reconocimiento mutuo, pero revela, al mismo tiempo, tensiones análogas a las ya identificadas en otros ordenamientos europeos. Tal y como pone de manifiesto la SAN 9/2024, el origen de las actuaciones se sitúa en la comunicación remitida por la Fiscalía de Lille a la Fiscalía General del Estado el 3 de julio de 2020, en la que se alertaba del uso de la plataforma en territorio español para la comisión de delitos graves, especialmente en el ámbito del narcotráfico. A partir de esta información, la Fiscalía Especial Antidroga incoó diligencias de investigación orientadas a la detección de estructuras criminales organizadas y a la identificación de sus mecanismos operativos.

En este contexto, la emisión de una OEI el 23 de julio de 2020 permitió canalizar formalmente la solicitud de los datos obtenidos en Francia, así como recabar autorización para su eventual utilización como prueba en procedimientos penales españoles. La respuesta positiva de la autoridad judicial francesa, unida a la posterior recepción y análisis de la información por parte de la Guardia Civil, facilitó la incorporación de estos elementos al proceso penal a través de informes periciales, que han servido tanto para reforzar investigaciones en curso como para impulsar nuevas causas.

Sin embargo, este esquema operativo reproduce, en el ámbito interno, los mismos problemas estructurales ya advertidos a nivel europeo. En particular, las defensas han cuestionado de forma reiterada la validez de esta fuente probatoria, alegando, por un lado, el carácter potencialmente prospectivo de la intervención originaria y, por otro, la insuficiencia del control jurisdiccional desplegado en España sobre la afectación de derechos fundamentales.

4.1. SAP Cádiz 14/2024, de 18 de enero

La SAP Cádiz 14/2024 constituye el primer pronunciamiento relevante en España sobre la validez procesal de los datos procedentes de *EncroChat*. En la causa, la Audiencia desestima las alegaciones de nulidad formuladas por las defensas y afirma la admisibilidad de la prueba, apoyándose en una interpretación expansiva del principio de reconocimiento y confianza mutua.

En particular, asume la licitud de la obtención de los datos por las autoridades francesas sin someterla a un control material desde la perspectiva del ordenamiento español, alineándose así con la doctrina previamente asentada en otros países como Alemania o Italia⁴⁴.

Esta resolución (anterior a la STJUE en el asunto C-670/22) evidencia una concepción marcadamente deferente hacia el Estado de ejecución, en la que la confianza mutua opera prácticamente como una presunción irrefragable. Ello comporta una renuncia implícita a verificar si la injerencia en derechos fundamentales —en particular, el secreto de las comunicaciones— hubiera superado los estándares de necesidad y proporcionalidad exigibles en el Derecho interno, lo que resulta problemático a la luz de la ulterior doctrina del TJUE. Posteriormente, la cuestión fue nuevamente examinada por la Audiencia Nacional en sus sentencias nº 9/2024, de 9 de mayo, y nº 25/2024,

⁴⁴ Posteriormente, el TJUE en su sentencia C-670/22 si bien reconocerá que el principio de reconocimiento mutuo constituye “la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal”, destaca la importancia de que “el órgano jurisdiccional que conozca del recurso con la orden europea de investigación por la que se requiere dicha transmisión debería extraer las consecuencias que procedan con arreglo al Derecho nacional”. Es decir, para analizar el acceso al contenido de la información remitida en la OEI lo determinante reside en apreciar si esa medida de investigación podría haberse dictado en las mismas condiciones para un caso interno similar. *Vid.* MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I. y ARRANZ MACAYO, R. (2024), “Aplicación de la doctrina *EncroChat* (...)”, *op.cit.*

En esta misma línea, el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Gavanzov II*, ya rechazaba una lectura meramente formalista de la cláusula de equivalencia, lo que permite dotarla de una dimensión garantista, operando como un mecanismo funcional dirigido a impedir que la cooperación judicial internacional se convierta en un cauce de degradación de los estándares de protección de los derechos reconocidos en el ámbito interno. En este sentido, su finalidad inmediata es evitar que la obtención transnacional de elementos probatorios quede sometida a un nivel de garantías inferior al exigible en situaciones puramente domésticas, por el solo hecho de que la fuente de prueba se ubique fuera del territorio nacional. Sin embargo, es a partir de una interpretación sistemática —en la línea de la asumida por el TJUE— cuando se revela con mayor nitidez el verdadero alcance de la cláusula. En efecto, esta no puede ser invocada, en ningún caso, como fundamento para legitimar o reforzar, en el contexto de procedimientos transnacionales, prácticas probatorias que resultarían ya incompatibles con las prerrogativas fundamentales de los individuos en el plano interno. Antes bien, su función debe entenderse en sentido estrictamente limitativo o de contención, como un instrumento orientado a evitar la erosión de las garantías, pero no a convalidar su eventual vulneración. *Vid.* BORGIA, G. (2024), “Prueba penal transfronteriza...”, *op. cit.*, 87.

de 11 de diciembre, resoluciones que constituyen el antecedente inmediato de la STS 854/2025, de 16 de octubre.

4.2. SAN 9/2024, de 9 de mayo

La SAN 9/2024 reproduce sustancialmente los argumentos de la resolución anterior, pese a haberse dictado con posterioridad a la sentencia del TJUE en el asunto C-670/22. La Sala valida la incorporación de los datos de *EncroChat* al proceso penal español partiendo de la premisa de que su obtención en Francia fue lícita, sin entrar a examinar si una medida de esa naturaleza habría sido autorizable conforme a los parámetros del ordenamiento español (lo cual habilita el propio TJUE en su resolución⁴⁵). De forma particularmente significativa, llega a considerar que incluso en el supuesto de que dicha intervención no hubiera sido admisible en Derecho interno, ello no impediría su valoración probatoria.

Esta afirmación plantea serias objeciones desde una perspectiva garantista. En efecto, el artículo 6 de la Directiva 2014/41/UE permite, precisamente, verificar la equivalencia de la medida en el ordenamiento del Estado de emisión, facultad que el tribunal omite ejercitar. Ello conduce a una situación paradójica: se admite como prueba el resultado de una intervención que, conforme a los artículos 588 *bis* y siguientes de la LECrim difícilmente habría superado el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigido en el sistema español. La resolución, por tanto, refuerza una lógica de confianza acrítica que entra en tensión con el estándar europeo de “confianza verificable”.

4.3. SAN 25/2024 (Sala de Apelación), de 11 de diciembre

La SAN 25/2024 consolida esta línea jurisprudencial al confirmar, en sede de apelación, la validez de los datos de *EncroChat*. La Sala aborda de manera sistemática las objeciones relativas al cumplimiento de la Directiva 2014/41/UE, al respeto del secreto de las comunicaciones y a la existencia de control judicial, concluyendo que la OEI se ajusta al marco normativo aplicable y que las garantías procesales han sido suficientemente salvaguardadas. En particular, el tribunal considera que la incorporación de los datos puede ampararse en las reglas sobre utilización de información procedente de otros procedimientos y en la doctrina de los hallazgos casuales, descartando la necesidad de un control directo sobre la legalidad de la obtención

⁴⁵ Párrafo 103.

en el Estado de ejecución. Asimismo, minimiza el alcance de eventuales irregularidades —como la falta de notificación conforme al artículo 31 de la Directiva— calificándolas como meramente formales.

Desde una perspectiva crítica, esta resolución profundiza en una concepción funcional de la cooperación judicial que tiende a desplazar el control de las garantías hacia momentos posteriores o indirectos del proceso. Sin embargo, esta aproximación resulta difícilmente conciliable con las exigencias derivadas del derecho a un proceso equitativo, tal y como han sido perfiladas por el TJUE. En particular, la aceptación de pruebas cuya obtención no puede ser verificada por la defensa —debido a la opacidad técnica y al secreto de Estado— plantea serias dudas sobre la efectividad del principio adversarial y la igualdad de armas.

La orientación de la jurisprudencia española hasta ahora examinada, contrasta con la evolución del Derecho de la Unión, que, a partir de la STJUE de 30 de abril de 2024, exige una verificación más intensa del impacto de dichas pruebas sobre los derechos de defensa. En este punto, el modelo español parece situarse en una fase de transición, en la que la inercia de la confianza mutua coexiste con la necesidad cada vez más evidente de avanzar hacia un paradigma de control sustantivo de las garantías en el uso de la prueba digital transnacional.

Este nuevo paradigma probatorio encuentra una formulación más depurada —y en mayor sintonía con los parámetros fijados por el TJUE— en la STS 854/2025. En ella, el TS no se limita a resolver una controversia probatoria concreta, sino que acomete una redefinición de los contornos del control judicial sobre la prueba digital de origen transnacional. En particular, introduce una lógica de “control material suficiente” que, sin desnaturalizar el principio de reconocimiento mutuo, exige verificar que la incorporación y valoración de la evidencia respete efectivamente las garantías esenciales del proceso penal. Se inaugura así una nueva fase en la construcción dogmática del derecho probatorio digital, caracterizada por una doble tensión: de un lado, la consolidación de la cooperación judicial europea como cauce ordinario para la obtención de evidencias tecnológicas; de otro, la necesidad de reforzar los mecanismos de control técnico-procesal que aseguren su fiabilidad, autenticidad y compatibilidad con los derechos fundamentales. La resolución articula, en este sentido, un equilibrio más sofisticado entre la eficacia en la persecución de formas graves de criminalidad y la preservación de las garantías procesales, avanzando hacia una concepción menos formalista y más sustantiva del principio de reconocimiento mutuo.

El análisis de esta resolución permitirá, por tanto, apreciar con mayor precisión cómo el principio de reconocimiento mutuo —instrumento clave para asegurar la eficacia transfronteriza en la transmisión de evidencias electrónicas— puede y debe conjugarse con la exigencia de preservar las garantías procesales de las partes, evitando que la complejidad técnica o el origen extranjero de la prueba se traduzcan en una merma de los estándares de tutela judicial efectiva.

5. ANÁLISIS DE LA STS 854/2025: EL NUEVO PARADIGMA PROBATORIO

5.1. La transmisión de pruebas a España: la OEI

La incorporación de los datos de *EncroChat* al procedimiento español se canalizó a través de la OEI, instrumento procesal clave en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea para la obtención de pruebas en asuntos transfronterizos. Su funcionamiento se basa en el principio de reconocimiento mutuo —ya examinado—, que impone una presunción de legalidad y confianza entre las autoridades judiciales de los Estados miembros⁴⁶.

En este sentido, resulta determinante distinguir la naturaleza específica de la OEI emitida por la Fiscalía Especial Antidroga. De acuerdo con el artículo 1.1 de la Directiva 2014/41/CE, una OEI puede emitirse para la *ejecución* de una nueva medida de investigación o para la *obtención* de pruebas ya existentes. La distinción entre ambas categorías de OEI puede extraerse de la propia dicción normativa y se ve corroborada, con mayor nitidez, si se atiende a los antecedentes inmediatos del precepto. En concreto, su fundamento responde a una constatación empírica: en determinados supuestos, el material probatorio cuya cesión o transmisión se solicita ya ha sido previamente obtenido, presumiblemente con arreglo a la legalidad y a las garantías del ordenamiento del Estado de ejecución, y se halla bajo el control efectivo de la autoridad requerida. En contraste, en el resto de las OEI, la resolución se emite con carácter previo a la práctica de la diligencia, proyectándose, por tanto, sobre la futura obtención de la fuente de prueba. Ahora bien, esta diferenciación no debe sobredimensionarse. Su alcance se

⁴⁶ Especialmente interesante en este punto resulta el análisis de SZIJÁRTÓ donde analiza la simbiosis entre el principio de reconocimiento mutuo y la OEI como herramienta para materializar los cambios legales necesarios para fortalecer la confianza entre los Estados Miembros. *Vid.* SZIJÁRTÓ, I. (2023), “The interplay between the European Investigation Order and the Principle of mutual recognition”, *European Papers*, vol. 8, núm.3, págs. 1575-1597.

circunscribe esencialmente a la distinta relevancia que adquiere el *iter* de obtención de la evidencia: mientras que en las órdenes dirigidas a la práctica de nuevas medidas resulta capital el control del procedimiento de obtención, en aquellas que persiguen la mera transmisión de elementos ya incorporados al acervo probatorio, el modo de adquisición —por tratarse de un hecho consumado y plenamente regido por el Derecho interno del Estado de ejecución— queda relegado a un plano secundario. Tal configuración constituye, en definitiva, como apunta RODRIGUEZ LAINZ⁴⁷, una manifestación del principio de reconocimiento mutuo que informa la Directiva (art. 1.2).

En el presente supuesto, la Fiscalía entendió que se trataba de la obtención de información o de pruebas que ya se encontraban en posesión de la autoridad de ejecución. Es decir, no se solicitaba a Francia que llevase a cabo una nueva intervención, sino que se transmitieran los resultados de una que ya había sido ejecutada.

A la vista de lo anterior, una de las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo descansa en la legitimidad del Ministerio Fiscal como autoridad de emisión de esta OEI. Sobre este particular, fundamentándose en la doctrina de la STJUE (asunto C-670/22⁴⁸), nuestro Alto Tribunal valida plenamente al Ministerio Fiscal como autoridad competente para emitir este tipo de OEI. En particular, la Directiva exige que la autoridad de emisión sea competente para ordenar la medida solicitada en un caso puramente interno. Puesto que la OEI solicitaba la “transmisión de pruebas” ya existentes, la competencia del Fiscal se acredita, a juicio del tribunal, por su capacidad para ordenar

⁴⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2026), “De vueltas con EncroChat (Comentario a la STS, Sala 2ª, núm. 854/2025)”, *Diario La Ley*, núm. 10873.

⁴⁸ En particular, sobre esta cuestión, el TJUE señala que “siempre que, en virtud del Derecho del Estado de emisión, un Fiscal sea competente, en una situación puramente interna de dicho Estado, para ordenar una medida de investigación dirigida a la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades nacionales competentes, este está comprendido en el concepto de “autoridad de emisión”, en el sentido del artículo 2, letra c), inciso (i), de la Directiva 2014/41, a efectos de la emisión de una orden europea de investigación dirigida a la transmisión de pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución (apartado 74). De esta forma, el Tribunal subraya con claridad que el Fiscal es autoridad de emisión conforme al art. 2 y que la decisión de si es competente para solicitar pruebas preexistentes y en poder de otra autoridad estatal debe resolverse conforme a las normas de derecho interno de cada Estado.

la transmisión de elementos probatorios de un procedimiento a otro en el ámbito nacional conforme a los arts. 588 *bis* i y 579 *bis* de la LECrim⁴⁹.

Es cierto que la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRMRP), atribuye al Ministerio Fiscal un papel particularmente relevante en la fase de obtención y transmisión de pruebas, configurándolo como autoridad emisora en determinados supuestos y permitiéndole impulsar la cooperación judicial directa con las autoridades de otros Estados miembros. Sin embargo, esta configuración normativa plantea un interesante debate doctrinal acerca de su compatibilidad con el modelo procesal español vigente, tradicionalmente caracterizado por la centralidad del juez de instrucción como garante de los derechos fundamentales en la fase investigadora.

La cuestión adquiere especial relevancia cuando la cooperación internacional se proyecta sobre fuentes de prueba particularmente invasivas, como sucede en el caso de datos obtenidos mediante técnicas de captación masiva o de vigilancia tecnológica intensiva. En tales supuestos, la intervención del Fiscal —justificada desde la perspectiva de la eficacia y celeridad de la cooperación— puede resultar insuficiente desde el prisma de las garantías si no viene acompañada de mecanismos de control jurisdiccional efectivos, ya sea en la fase de emisión, en la de recepción o, al menos, en el momento de la valoración probatoria. Desde esta perspectiva, cabe sostener críticamente que la equiparación entre la transmisión interna de pruebas y la solicitud transnacional de evidencias digitales no es plenamente satisfactoria. Mientras que en el ámbito interno el material probatorio se ha generado bajo el control directo de la jurisdicción nacional, en el contexto transfronterizo dicho control se desplaza —y, en ocasiones, se diluye— en un espacio de soberanías compartidas. De ahí que la mera invocación de la competencia funcional del Ministerio Fiscal no baste, por sí sola, para garantizar el estándar de protección exigido por el artículo 47 de la CDFUE.

En definitiva, aunque la solución acogida por el Tribunal Supremo se ajusta formalmente al diseño normativo de la Directiva 2014/41/UE y a la Ley 23/2014, resulta necesario avanzar hacia un modelo en el que la agilidad

⁴⁹ Asimismo, para apreciar la cobertura que nuestro ordenamiento concede a este tipo de actuación por parte del Ministerio Fiscal (la petición del testimonio de intervenciones de comunicaciones practicadas en un procedimiento judicial para incorporarlas a otro diferente) puede consultarse el art. 773.2 LECrim, arts. 4.3 y 5.2 EOMF y, en mayor profundidad, la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal.

de la cooperación no se logre a costa de una reducción del control jurisdiccional. Ello pasa, inevitablemente, por reforzar los mecanismos de supervisión judicial en la circulación de la prueba digital transnacional, especialmente en aquellos supuestos en los que su origen, contenido o método de obtención presentan elementos de opacidad que pueden comprometer el ejercicio efectivo del derecho de defensa. Sobre esta cuestión relativa a la competencia del Ministerio Fiscal como autoridad de emisión de este tipo de OEI volveremos más adelante.

5.2. *Análisis de las principales cuestiones de la resolución en torno a la validez probatoria de las evidencias digitales transnacionales*

La decisión del Tribunal Supremo adopta la doctrina establecida por el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2024, redefiniendo de manera decisiva los límites del control judicial en el marco de la cooperación europea y consolidando el principio de reconocimiento mutuo como pilar del sistema.

a) La proyección europea del hallazgo causal

La sentencia del Tribunal Supremo asume íntegramente la distinción establecida por el TJUE entre control sobre la recogida de la prueba (la intervención original) y control sobre su transmisión (el objeto de la OEI en este caso). Como consecuencia de lo anterior, el Estado de emisión no está autorizado a controlar la regularidad del procedimiento mediante el cual el Estado de ejecución —Francia— recogió las pruebas. Es decir, el control no consiste en un ejercicio hipotético sobre si la intervención francesa habría sido legal bajo la ley española. En aplicación del art. 6.1.b de la Directiva 2014/41/UE, el canon de control se limita a determinar si, en un caso interno, sería posible acordar la misma medida de transmisión probatoria. Ello es viable en virtud del art. 588 *bis* i LECrim, que habilita la incorporación de hallazgos casuales procedentes de otros procedimientos. En otras palabras, una medida que en Francia se ha considerado constitucional y lícita, supera el control *a priori* que demanda la Directiva de 2014 y descarta trabas de inicio a la aplicación del art. 588 *bis* i), lo que permite su incorporación conforme a la teoría del hallazgo casual, sin necesidad de una nueva autorización judicial nacional. De esta forma, el régimen es lícito siempre que la OEI se limite a solicitar “resultados documentados” de una investigación válida en el Estado de ejecución y no persiga una interceptación *ad hoc*. Se redefinen, así, los contornos del artículo 588 *bis* i) LECrim en el marco de

la cooperación penal europea en entornos digitales, proyectándolo sobre hallazgos derivados de plataformas cifradas transnacionales.

b) El límite del control judicial del Estado receptor

En lo que respecta al control que pueden ejercer los tribunales españoles, debe considerarse que, entre los principios que rigen la incorporación de pruebas obtenidas en el extranjero, en el marco de la UE, hay que atender al principio *locus regir actum*, conforme al cual, los actos procesales se rigen por la ley del país donde se llevan a cabo conforme a sus propias normas procesales, así como el principio de reconocimiento mutuo. De esta forma, no corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico extranjero por parte de las autoridades de otro Estado. En esta línea, la Directiva relativa a la OEI no contempla previsión alguna que imponga al Estado requirente la obligación de examinar si el Estado de ejecución ha obtenido las pruebas conforme a los estándares de su propio derecho procesal⁵⁰. En consecuencia, el análisis español se debe limitar a verificar si la transmisión de esa prueba sería admisible en un caso puramente interno y si se respetan los derechos fundamentales desde la perspectiva del ordenamiento español. Con estos mimbres, el TS concluye que la autoridad de emisión “no está autorizada a controlar la regularidad del procedimiento aparte mediante el cual el Estado miembro de ejecución haya recogido las pruebas cuya transmisión solicita”.

Por su parte, aun cuando se reitera como regla general el principio de “no indagación”⁵¹, la STS 854/2025 matiza de forma relevante el alcance de dicho postulado y admite la posibilidad de un control material mínimo o de

⁵⁰ Y, en el mismo sentido, se pronuncia la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. En concreto, en su artículo 27, relativo a la remisión a España de las actuaciones penales iniciadas en otro Estado miembro de la UE se establecerá que “Aceptada la iniciación o ampliación del procedimiento, se considerarán válidos en España los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español”. Igualmente, el art. 186 (apartado 1) de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, establece que “Se considerarán válidos en España los actos de investigación realizados por el estado de ejecución, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales reconocidas por este”.

⁵¹ Cuyo fundamento se encuentra en el principio de confianza mutua y principio de reconocimiento mutuo (art. 82.1 TFUE)

suficiencia constitucional. Este control, lejos de erigirse en una fiscalización plena del procedimiento seguido en el Estado requirente, se concibe como un examen externo orientado a verificar que la prueba transnacional no ingresa en el proceso penal español desprovista de garantías básicas⁵². En particular, el Tribunal delimita una serie de extremos susceptibles de comprobación jurisdiccional: que la autoridad extranjera actuó conforme a su propio marco normativo habilitante; que concurrían indicios racionales de criminalidad grave aptos para legitimar la intensidad de la injerencia; que la medida fue debidamente autorizada por la autoridad competente, con sujeción a un cauce formalmente válido; que se respetaron estándares mínimos de tutela de los derechos fundamentales, valorados desde la perspectiva del ordenamiento constitucional español y del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y que la intervención de las autoridades españolas tuvo carácter meramente accesorio o de recepción de resultados, sin participación determinante en la génesis de la medida limitativa.

A partir de estos parámetros, la Sala construye una suerte de test de “homologación constitucional” de la prueba extranjera, que no pretende reproducir el juicio de legalidad propio del Estado de origen, sino descartar déficits cualificados que pudieran comprometer el derecho a un proceso con todas las garantías. Se trata, por tanto, de un control de umbral, no de sustitución.

c) Ausencia de elusión de garantías

Como ya pusimos de relieve *supra*, la operatividad del principio de reconocimiento mutuo en el espacio judicial europeo se asienta sobre una confianza recíproca estructural entre los Estados miembros. Sin embargo, la STJUE de 30 de abril de 2024 ya reconocía, en su apartado 99, el carácter *iuris tantum* de la presunción de que los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, en particular, los derechos fundamentales. Además, como cautela adicional en la interpretación de la Directiva OEI, subraya nuestro Alto Tribunal —interpretando la resolución del TJUE— que, una

⁵² Tal y como se apunta por la STS 116/2017, de 23 de marzo, “el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos” y, en el mismo sentido, la STS 3844/2021 de 14 de octubre, concluye que “el principio de no indagación, como proyección del principio de confianza mutua, tiene su límite en la necesaria evaluación de la compatibilidad del método de obtención de la fuente de prueba o del objeto de esta con los fundamentos esenciales del orden público constitucional y de la propia Unión Europea” (párrafo 5).

de las manifestaciones del carácter refutable de esta presunción descansa, precisamente, en evitar que se eludan las normas y garantías establecidas en el Derecho del Estado de emisión y, por tanto, “le corresponde a la autoridad de emisión comprobar si, en el caso concreto, la “recogida” y la “transmisión”, mediante OEI, de las pruebas han tenido como objetivo o como efecto tal elusión”.

En el caso examinado, la Sala considera que la OEI no constituyó un mecanismo para sortear las garantías procesales internas: la investigación francesa era autónoma, preexistente e independiente, y la solicitud española se limitó a obtener los frutos de dicha investigación respecto de hechos conectados con su territorio. Asimismo, las cautelas adoptadas por la Fiscalía —como el desplazamiento de un agente de la UCO a Francia para la recogida física de los datos y el establecimiento de un riguroso protocolo para la copia forense y el análisis de la información— se consideran prueba de la diligencia y la buena fe procesal, descartando cualquier intento de fraude de ley.

Una vez confirmada la legalidad de la obtención y transmisión de los datos, el siguiente paso del TS será valorar su admisibilidad y la fuerza probatoria que pueden desplegar en el proceso penal español.

d) Contextualización de la prueba

El Tribunal Supremo se inclina decididamente por un modelo de valoración contextualizada de la prueba digital, rechazando aproximaciones apriorísticas o soluciones de carácter automático. En esta línea, la información procedente de plataformas como *EncroChat* no queda sujeta ni a una regla general de exclusión, fundada en su origen extranjero o en la naturaleza masiva de la intervención, ni a una presunción de validez irrestricta derivada de la cooperación judicial europea. Antes bien, su eficacia probatoria debe determinarse en atención a las circunstancias concretas del caso, a la calidad técnica del material y a su inserción en el conjunto del acervo probatorio.

Desde esta perspectiva, la Sala concibe la fuerza acreditativa de estos datos como esencialmente graduable: pueden operar como meros indicios, como elementos de corroboración o, solo de manera excepcional, como prueba de cargo con entidad autónoma suficiente. Tal graduación responde a una lógica de prudencia epistemológica, especialmente necesaria en el ámbito de la prueba tecnológica compleja, cuya obtención y tratamiento presentan particularidades que aconsejan evitar cualquier automatismo valorativo.

Aplicando este criterio al supuesto enjuiciado, la STS 854/2025 declara la plena validez del material derivado de *EncroChat*, pero subraya expresamente que este no constituyó el núcleo exclusivo ni principal de la imputación. Por el contrario, su función fue eminentemente corroboradora dentro de una investigación previamente consolidada mediante diligencias tradicionales —vigilancias, seguimientos, entradas y registros, incautaciones y otras actuaciones presenciales— que ya proporcionaban un sustrato incriminatorio sólido. Los datos digitales, por tanto, actuaron como refuerzo confirmatorio de hipótesis previamente verificadas, no como punto de partida único de la acusación.

La sentencia pone así de relieve una idea de notable trascendencia metodológica: la legitimidad y fiabilidad de la prueba digital se ven reforzadas cuando esta se integra en una investigación autónoma, estructuralmente sólida y capaz de sostenerse con elementos corroborativos propios. Por el contrario, la dependencia exclusiva de evidencias tecnológicas complejas —máxime cuando su origen es transnacional y su acceso se halla condicionado por limitaciones técnicas o jurídicas— incrementa los riesgos tanto para el ejercicio efectivo del derecho de defensa como para la fiabilidad del proceso de valoración judicial de la prueba.

En definitiva, el Tribunal propugna un modelo de complementariedad probatoria: las herramientas digitales de captación masiva se conciben preferentemente como instrumentos de corroboración y contextualización, no como el único pilar sobre el que edificar la condena. Con ello, se refuerza una concepción garantista del proceso penal, en la que la innovación tecnológica debe integrarse sin desplazar los estándares clásicos de fiabilidad, contradicción y pluralidad de fuentes de prueba.

e) Admisibilidad de la prueba en España

A partir de las premisas previamente expuestas, el Tribunal Supremo concluye que los datos obtenidos del sistema *EncroChat* e incorporados al proceso a través de una OEI constituyen una fuente de prueba lícita y, en consecuencia, plenamente admisible en el proceso penal español.

Esta conclusión descansa, esencialmente, en tres consideraciones: en primer lugar, la injerencia originaria acordada por las autoridades francesas no fue calificada como prospectiva ni arbitraria, sino amparada por su propio marco normativo y compatible con los estándares comunes de protección de derechos fundamentales vigentes en el espacio europeo; en segundo término, la transmisión de la información a España se articuló mediante un

cauce jurídicamente previsto —la OEI— instada por autoridad competente —el Ministerio Fiscal—; y, finalmente, el control efectuado sobre su emisión se estimó acorde con la doctrina del TJUE y con la lógica del principio de reconocimiento mutuo. Desde esta óptica, considera el Tribunal que no concurren vulneraciones susceptibles de activar la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ.

En suma, la posición del Tribunal Supremo es clara: no procede declarar la nulidad de la prueba por ilicitud en su obtención o transmisión y, por tanto, los datos de *EncroChat* son admisibles en el proceso penal español. Su capacidad para enervar la presunción de inocencia dependerá, no obstante, de la solidez con la que superen el escrutinio contradictorio y de su integración coherente en el conjunto del material probatorio. Y es en este punto, como veremos, especialmente desde la perspectiva de un adecuado contradictorio por las defensas, donde nos encontraremos uno de los principales retos.

6. RETOS PENDIENTES EN LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA DIGITAL TRANSNACIONAL

No obstante las apreciaciones anteriores, la sentencia deja abierta importantes zonas de tensión que merecen una valoración crítica desde la perspectiva de las garantías procesales.

6.1. El juicio de proporcionalidad y las investigaciones prospectivas

El Tribunal reconoce expresamente que la actuación desarrollada por las autoridades francesas implicó una injerencia de carácter masivo sobre las comunicaciones intervenidas. No obstante, descarta su calificación como investigación prospectiva, al entender que la operación se encontraba sustentada en indicios previos de criminalidad organizada de especial gravedad, que contaba con cobertura judicial y que respondía a una necesidad operativa que difícilmente podía ser satisfecha mediante medidas individualizadas menos gravosas. De este modo, la Sala articula un principio de proporcionalidad en clave funcional: la amplitud objetiva de la captación no se reputa ilegítima *per se*, siempre que exista una base indiciaria suficiente y una justificación reforzada de necesidad.

Tal distinción, sin embargo, resulta conceptualmente problemática y constituye, a nuestro juicio, el principal escollo para avalar la licitud del acceso global a los datos de *EncroChat*. En efecto, la propia lógica estructural

de las medidas de captación masiva resulta difícilmente conciliable con la idea de una investigación dirigida o focalizada sobre sujetos previamente identificados. La masividad implica, por definición, la afectación indiscriminada de un conjunto amplio e indeterminado de personas, lo que cuestiona la existencia de verdaderos indicios individualizadores en el momento de adopción de la medida. Si tales indicios existieran, la respuesta conforme a un modelo garantista debería articularse mediante diligencias específicas y dirigidas; si, por el contrario, se sostiene que la intervención masiva constituía la única vía eficaz, ello parece revelar precisamente la ausencia de una base fáctica suficientemente individualizada⁵³.

Desde esta perspectiva, la operación se aproxima a una lógica inversa a la que rige en el proceso penal: no se parte de indicios concretos para investigar hechos determinados, sino que se accede primero a un volumen masivo de información con la finalidad de identificar, *ex post*, posibles conductas delictivas. Esta inversión metodológica tensiona de manera evidente los principios de necesidad, idoneidad y especialidad que informan cualquier injerencia en derechos fundamentales, y acerca la actuación a la noción de investigación prospectiva proscrita en nuestro ordenamiento. En efecto, no nos encontramos ante investigaciones delimitadas que generen hallazgos casuales en el curso de una actividad legítimamente dirigida, sino ante un modelo de captación global seguido de un proceso selectivo ulterior. Esta lógica resulta difícilmente conciliable con las exigencias derivadas del artículo 579 *bis* de la LECrim, que presupone la existencia de un marco investigativo previamente delimitado, así como con la prohibición de investigaciones meramente prospectivas⁵⁴.

⁵³ Como bien se apunta por MURIEL DIÉGUEZ, en cuanto a la transmisión de los datos recabados por las autoridades francesas a la Fiscalía Especial Antidroga española, “Se han recogido y transmitido una serie de datos de manera *espontánea*, es decir, sin que ninguna autoridad lo solicitara y/o validara, sin especificar exactamente, qué datos y relativos a quién, ni sobre qué procedimiento; sino haciendo referencia únicamente a la condición de nacionales españoles de determinados usuarios. Y todo ello, se intenta soslayar, mediante una OEI solicitada a posteriori. Sin duda resulta, un proceder irregular, cuanto menos”. *Vid.* MURIEL DIÉGUEZ, J.A (2026), “Sobre la validez de pruebas obtenidas de EncroChat (Sentencia del Tribunal Supremo 854/2015)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 143.

⁵⁴ En este sentido, como señala el art. 588 *bis* a) “no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”. Igualmente, la prohibición de investigaciones prospectivas se desprende de numerosas resoluciones dictadas por nuestro TS (SSTS 1363/2011, de 15 de diciembre, 393/2012, de 29 de mayo, 635/2012 de 17 de julio, 216/2018, de 8 de mayo; 635/2012, de 17 de julio; 184/2003, de 23 de octubre) y TC (STC 167/2002,

La consecuencia última de admitir sin reservas este tipo de prácticas es la alteración del equilibrio estructural del proceso penal. Se desplaza el eje desde la sospecha fundada hacia la potencialidad tecnológica de acceso a grandes volúmenes de datos, lo que compromete la función de garantía que cumplen los principios de excepcionalidad y proporcionalidad. En este sentido, la solución acogida por el STS 854/2025 —fundada en la gravedad del fenómeno delictivo y en la existencia de un control judicial previo— abre la puerta a una flexibilización del concepto clásico de investigación prospectiva cuya delimitación futura exigirá una depuración jurisprudencial particularmente rigurosa.

En definitiva, la resolución pone de manifiesto una tensión no resuelta entre las exigencias de eficacia en la persecución de la criminalidad organizada en entornos digitales y los límites estructurales que impone un modelo procesal garantista. La consolidación de este nuevo paradigma exigirá, por ello, una redefinición más precisa de los estándares de proporcionalidad aplicables a las injerencias masivas, evitando que la excepcionalidad de tales medidas se diluya en una cláusula abierta sustentada exclusivamente en la gravedad abstracta del fenómeno investigado.

6.2. La legitimidad del Ministerio Fiscal para emitir la OEI

Precisamente a la luz del carácter marcadamente invasivo —y, a nuestro juicio, estructuralmente prospectivo— de la injerencia descrita, la legítimi-

de 18 de septiembre, donde se subraya que el derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE no puede ser limitado para satisfacer una necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos).

En la misma línea, en el asunto *EncroChat*, considera IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS que nos encontramos ante una medida calificada de prospectiva, nula conforme a lo establecido en la jurisprudencia del TS, TC y TEDH. En efecto, como apunta este autor “De las solicitudes y órdenes judiciales francesas se desprende que la infiltración de los dispositivos terminales y la obtención de los datos, se produjeron como medida policial ante la sospecha de la formación de una organización delictiva y por diversos delitos relacionados con el uso de la tecnología de cifrado. No se mencionan a investigados específicos en las solicitudes de la fiscalía, ni en las órdenes judiciales. (...) En la legislación española, no sería posible acordar esta medida por el mero uso de un teléfono móvil encriptado: solo porque el servicio *EncroChat*, es más seguro que otros servicios que también están cifrados de extremo a extremo, como WhatsApp o Facebook Messenger, no puede convertirse en el punto de partida de medidas coercitivas de Derecho Penal.” *Vid.* IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. (2022), “De las masivas interceptaciones de datos a las masivas vulneraciones de derechos fundamentales: la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 10033, sección Tribuna, 21 de marzo.

dad del Ministerio Fiscal como autoridad de emisión de la OEI se revela altamente discutible desde la óptica de las garantías procesales y del acervo comunitario, que exige una reserva de autorización judicial en la adopción de medidas que afecten derechos fundamentales. En efecto, la facultad de instar la transmisión de un caudal probatorio ya existente en otro Estado miembro no puede ser analizada en términos meramente formales —como si se tratara de una simple solicitud de documentación—, sino que exige ponderar la naturaleza material de la información a la que se pretende acceder y su incidencia real sobre los derechos fundamentales⁵⁵.

Desde esta perspectiva, resulta difícil sostener que el acceso a los datos derivados de *EncroChat* constituya una actuación neutra. Antes bien, nos encontramos ante una injerencia de extraordinaria intensidad que incide directamente en los derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE, en particular, en el derecho a la intimidad, a la protección de datos personales y al secreto de las comunicaciones. La captación y tratamiento conjunto de contenidos comunicativos, datos de tráfico e información identificativa permite, en efecto, reconstruir perfiles personales de gran precisión, revelando hábitos, relaciones y patrones de conducta⁵⁶ que conforman una auténtica radiografía de la vida privada de los individuos⁵⁷. Desde la perspectiva del TJUE⁵⁸, este tipo de operaciones constituye una injerencia especialmente

⁵⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2023 (*G.K. y otros y Fiscalía Europea*, C-281/22, apartado 75).

⁵⁶ Es lo que se conoce como “teoría del mosaico”. *Vid.* KERR, O., “The Mosaic Theory of the Fourth Amendment”, *Michigan Law Review*, n.º 111, 2012, págs. 311-312.

⁵⁷ En este sentido, STJUE de 2 de octubre de 2018 (*Ministerio Fiscal*, C-207/16).

⁵⁸ En particular, la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2022 considera que “... la gravedad de la injerencia se deriva del riesgo, en particular habida cuenta del número y variedad de los datos conservados, considerados en su conjunto, de que estos permitan extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de la persona o personas cuyos datos se han conservado y, en concreto, proporcionen los medios para establecer el perfil de la persona o personas afectadas, que, en lo que respecta al derecho al respeto de la vida privada, es una información tan sensible como el propio contenido de las comunicaciones” (apartado 87). Y, en el mismo sentido, el apartado 60 estima que una afectación de los arts. 7 y 8 de la CDFUE constituiría, en sí misma, una injerencia sobre tales derechos, con independencia de que la información relativa a la vida privada en cuestión tenga o no carácter sensible, que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia o si los datos conservados serán o no utilizados posteriormente.

Aun cuando dejásemos al margen la información relativa al contenido de la comunicación, tal y como se reconoce por la jurisprudencia europea (STJUE de 18 de abril de 2014) los datos de tráfico y localización sobre personas físicas y jurídicas y los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o el usuario registrados pueden

grave en el ámbito de la privacidad, que exige, por ello, un nivel reforzado de garantías.

Sobre esta base, la traslación al plano interno conduce a una conclusión difícilmente eludible: si el acceso a dicha información hubiera requerido autorización judicial de haberse producido en territorio español, no parece jurídicamente sostenible que su obtención por la vía de la cooperación judicial internacional pueda sustraerse a dicho control. En otras palabras, el principio de reconocimiento mutuo no puede operar como mecanismo de elusión de la reserva de jurisdicción que rige en materia de medidas limitativas de derechos fundamentales.

En este punto, la previsión contenida en el artículo 187.1 de la LRM RP resulta particularmente elocuente: la legitimación del Ministerio Fiscal para emitir una OEI se condiciona a que la medida solicitada no implique una restricción de derechos fundamentales. Si, como aquí se sostiene, la solicitud de acceso a los datos de *EncroChat* comporta una injerencia de tal naturaleza, la consecuencia lógica es que la emisión de la OEI debía haber sido sometida a autorización judicial previa⁵⁹.

proporcionar información muy precisa sobre la vida privada de las personas, de sus hábitos cotidianos, sus lugares temporales o permanentes de residencia, movimientos diarios u otros, las actividades sociales llevadas a cabo, así como las relaciones sociales y ambiente social frecuente, quedando ampliamente afectado el derecho a la intimidad. En el mismo sentido, la STEDH *Skoberne v. Slovenia* de 15 de febrero de 2024, (apartado 119) reitera que, a la vista del desarrollo tecnológico y social, en la esfera de las comunicaciones electrónicas, los datos de comunicación pueden ser reveladores de gran cantidad de información personal. Si se obtienen de manera masiva por las autoridades, pueden ser utilizados para dibujar una imagen íntima de una persona a través del mapeo de sus redes sociales, la detección de su localización, el mapeo de sus patrones de comunicaciones, las personas con las que interactúa... Y esta adquisición de tales datos a través de la interceptación masiva puede, por lo tanto, ser tan intrusiva, como la adquisición masiva del contenido de las comunicaciones. Por tanto, la existencia de grandes recolecciones de datos de telecomunicaciones y la retención de tales datos puede, comprensiblemente, generar una sensación de vulnerabilidad y exposición que podría comprometer la habilidad de una persona para disfrutar de su privacidad y el secreto de sus comunicaciones, el desarrollo de sus relaciones con otros y el ejercicio de otros derechos fundamentales (apartado 133). En otras palabras, generar un sentimiento de vigilancia permanente.

⁵⁹ Conviene matizar en este punto que estamos valorando exclusivamente la decisión de la Fiscalía española de solicitar la información obtenida por las autoridades francesas, no la forma en la que estas, conforme a su ordenamiento interno, accedieron a dicha información.

Esta conclusión se ve reforzada, además, por el propio estatuto jurídico del Ministerio Fiscal. El artículo 5.2 de su Estatuto Orgánico excluye expresamente su capacidad para acordar medidas cautelares o limitativas de derechos fundamentales en el marco de sus diligencias, reserva que se proyecta igualmente en el ámbito de su actividad investigadora extraprocesal, tal y como recuerda la Circular 2/2022, de 20 de diciembre. Incluso cuando se admite la facultad de requerir documentación, esta queda supeditada a la ausencia de necesidad de autorización judicial previa, circunstancia que difícilmente puede predicarse de un acceso masivo a datos de comunicaciones de la naturaleza aquí analizada.

Frente a ello, el STS 854/2025 opta por una construcción que, a nuestro juicio, resulta artificiosa: niega la premisa misma de la afectación de derechos fundamentales al calificar la solicitud como una mera petición de entrega de un soporte digital que contiene información previamente obtenida por una autoridad judicial extranjera. Sin embargo, esta caracterización desatiende la realidad material de la operación. No se trata de la transmisión de un documento aislado, sino del acceso a un volumen masivo de datos personales y comunicativos relativos a un número indeterminado de sujetos, cuyo análisis permite inferencias de enorme sensibilidad desde la perspectiva de la vida privada.

A ello se añade, además, la dificultad de reconducir esta actuación al régimen de los hallazgos casuales previsto en el artículo 579 *bis* de la LE-Crim⁶⁰. Dicho precepto establece con claridad la necesidad de autorización judicial para la utilización de información relativa a delitos distintos de aquellos que motivaron la intervención inicial. La ratio de la norma resulta meridianamente clara, al excluir la intervención del Ministerio Fiscal y evitar la expansión incontrolada de injerencias originalmente legitimadas. Esto se presenta difícilmente compatible con una interpretación que permita al Ministerio Fiscal canalizar, sin control judicial previo, el acceso a un acervo probatorio de dimensiones masivas y carácter indiscriminado.

En definitiva, la solución acogida por el TS, al desdibujar la naturaleza limitativa de derechos fundamentales de la medida solicitada, corre el riesgo de erosionar la reserva jurisdiccional que constituye uno de los pilares del proceso penal garantista. La cooperación judicial internacional no puede convertirse en un espacio de excepción en el que las exigencias constitucionales se vean atenuadas, sino que, por el contrario, debe integrarse en un

⁶⁰ Recuérdese que en esta norma es en la que el TS se basa para fundar, en nuestro derecho interno, la emisión de la OEI por la Fiscalía Especial Antidroga.

modelo de control reforzado que asegure que la circulación transnacional de la prueba no se traduzca en una merma de los estándares de protección de los derechos fundamentales.

6.3. La transparencia técnica del material probatorio y el derecho de defensa

En lo que atañe a la transparencia técnica del material probatorio, el propio Tribunal Supremo reconoce que la información suministrada por las autoridades francesas no se corresponde con el volcado íntegro del servidor intervenido, sino con el resultado de un doble proceso de selección y depuración: primero, por parte de las autoridades francesas y, posteriormente por la Guardia Civil, con la finalidad de aislar aquellos fragmentos potencialmente relevantes para cada procedimiento concreto. Esta lógica de tratamiento “en cascada” determina que las defensas solo tengan acceso a un protocolo final previamente filtrado, lo que limita objetivamente su capacidad para verificar la integridad, autenticidad y trazabilidad de la evidencia digital.

Desde una perspectiva normativa, esta situación entra en tensión⁶¹ con lo previsto en el art. 7.2 de la Directiva 2012/13, de 22 de mayo, que exige que la defensa puede conocer la totalidad de las pruebas relevantes —tanto inculpatorias como exculpatorias— con la antelación suficiente para preparar eficazmente su estrategia. Esta exigencia normativa comporta que el material probatorio deba ponerse íntegramente a disposición de las partes, comprendiendo no solo los datos obtenidos en el contexto de *EncroChat*, sino también las herramientas informáticas empleadas para su captación y tratamiento, así como los archivos originales en los que aquellos se contienen. Solo de este modo es posible llevar a cabo una verificación rigurosa tanto de la exactitud de la información recabada como de su correspondencia con la realidad fáctica que se pretende acreditar. Asimismo, esta obligación de revelación ha de entenderse en sentido amplio, de forma que no corresponde a la acusación seleccionar unilateralmente que, elementos son relevantes para el proceso, sino garantizar a la defensa el acceso íntegro a la información disponible y un tiempo razonable para su examen.

⁶¹ Como se reconoce por la STS 743/2021, de 4 de octubre. Y, en el mismo sentido, la STS 993/2022, de 22 de diciembre exige como proyección directa del este derecho de defensa y del principio de contradicción que la acusación revele la totalidad del material probatorio que obre en su poder.

Sin embargo, en la práctica, en los procedimientos derivados de la intervención de *EncroChat*, las defensas se ven abocadas a conformarse con meras transcripciones que, según se afirma, reproducen los mensajes intercambiados entre las personas identificadas, pero sin posibilidad de contrastar los datos en bruto ni los métodos técnicos empleados en su obtención y tratamiento. Esta situación limita de manera significativa la posibilidad de someter a contraste la autenticidad e integridad de las comunicaciones, al tiempo que impone la asunción de que se ha incorporado al proceso la totalidad de las conversaciones potencialmente existentes, sin que exista un mecanismo efectivo de verificación independiente.

En particular, la STS 106/2023, de 16 de febrero, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH —singularmente, la STEDH de 25 de octubre de 2019, asunto *Rook c. Alemania*— sistematiza los criterios para valorar si la defensa ha dispuesto de una oportunidad real y efectiva para impugnar las pruebas de cargo y preparar su contestación en condiciones de igualdad. La resolución subraya, además, que el ejercicio de tales facultades exige una actuación activa y argumentada de la defensa, que debe concretar los motivos de impugnación y no limitarse a alegaciones genéricas sobre eventuales vulneraciones. Esta doctrina adquiere especial relieve en contextos de injerencias tecnológicas masivas, como las derivadas del sistema *EncroChat*, en las que el acceso de las defensas a la totalidad de la información captada y a los procedimientos técnicos de tratamiento, selección y explotación de los datos se ve notablemente restringido, tanto por el volumen de información como por razones de interés público esgrimidas por las autoridades extranjeras. Ante estas situaciones, el TEDH⁶² articula un verdadero proto-

⁶² STEDH (Gran Sala), de 26 de septiembre de 2023, caso *Yüksel Yalçinkaya v. Turquía* (asunto núm. 15669/2020), donde se aborda la posibilidad de acceso de la defensa a la totalidad de los “datos en bruto” obtenidos del servidor de una aplicación encriptada de mensajería denominada *ByLock*. En el supuesto analizado, conviene subrayar que el TEDH no pone en entredicho, en sí mismo, el empleo de información electrónica obtenida por los servicios de inteligencia a partir de sistemas de comunicación cifrada (cuestión cuya regulación remite, en esencia, al ámbito del derecho interno). Antes bien, su examen se dirige a verificar la concurrencia de garantías suficientes que permitan compensar el detrimento que, para el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas, implica la imposibilidad de acceder a la totalidad de las fuentes probatorias. En este marco, caracterizado por la especial complejidad inherente a la valoración de la prueba electrónica y por las limitaciones estructurales que dificultan su plena contradicción, el Tribunal concluye que la atribución a tales elementos de un valor decisivo en la fundamentación de la condena resulta incompatible con las exigencias derivadas del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por extenso, *vid.* el análisis del asunto *ByLock* (también conocido como el *EncroChat* turco) en BACHMAIER

colo metodológico de control judicial destinado a ponderar, caso por caso, si tales limitaciones son compatibles con el principio adversarial y con las exigencias del artículo 6 CEDH.

Para paliar esta limitación en el derecho de defensa, el Tribunal invoca la doctrina del TEDH, así como su propia jurisprudencia, conforme a la cual el acceso pleno al material intervenido puede ser legítimamente restringido cuando concurren salvaguardas suficientes de contradicción procesal y un control judicial efectivo. Es decir, esta exigencia de revelar “todas las pruebas materiales” no equivale a un acceso irrestricto a la totalidad de la información: puede modularse por razones objetivas, como la existencia de volúmenes masivos de datos electrónicos o limitaciones técnicas o funcionales que hagan inviable su entrega íntegra. En tales supuestos, la clave reside en determinar si el eventual perjuicio derivado de la falta de acceso ha sido compensado por garantías procesales suficientes y si la defensa contó, pese a todo, con posibilidades reales de articular su estrategia⁶³.

Ahora bien, esta construcción, que encuentra respaldo doctrinal en posiciones como la de URIARTE VALIENTE⁶⁴ presenta, a nuestro juicio, un marcado sesgo formalista. Frente a esta construcción cabe articular una

WINTER, L. (2024) “La lucha por las garantías procesales y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la *mass surveillance* en Europa”, en *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos*, Aranzadi, págs. 39-41.

⁶³ Apartados 303, 304 y 330, asunto *Bylock*.

⁶⁴ Para este autor, la imposibilidad de acceso a los datos originales no comportaría, en principio, una lesión del derecho de defensa del investigado. A su juicio, no debe perderse de vista que la eventual prueba incorporada al proceso penal español no viene constituida por la propia interceptación de las comunicaciones encriptadas practicada en Francia, sino por el testimonio o traslado de su contenido efectuado por las autoridades de dicho Estado. En consecuencia, del mismo modo que las acusaciones no pueden valerse directamente de las comunicaciones intervenidas —en tanto que no han sido objeto de incorporación, cotejo y aseguramiento en el seno del proceso español—, tampoco cabría reconocer a las defensas un derecho a cuestionar la integridad de tales elementos probatorios sobre la base de no haber accedido a ese proceso de verificación originario. Este planteamiento se anclaría, además, en la lógica del principio de igualdad de armas, en cuya virtud la defensa puede legítimamente reclamar el acceso a los mismos medios de prueba de los que dispone la acusación, pero no a un acervo probatorio más amplio o cualitativamente distinto. De ello se sigue que la prueba en el proceso español adquiere la naturaleza de prueba documental, cuya fuerza de convicción descansa en indicios de autenticidad derivados de la cooperación judicial internacional, y no en la plena acreditación que proporcionaría un contraste pericial directo sobre los datos brutos. *Vid.* URIARTE VALIENTE, L.M. (2025), “Análisis de la Sentencia Encrochat (...)”, *op. cit.*, pág. 493.

posición crítica que, consideramos, resulta más acorde con una concepción reforzada del derecho de defensa en el proceso penal contemporáneo. Desde esta óptica, la negativa a facilitar el acceso a los datos originales compromete de manera sustancial las posibilidades de contradicción efectiva por parte de la defensa. En efecto, si la prueba de cargo se fundamenta, aunque sea indirectamente, en el contenido de unas comunicaciones intervenidas, la imposibilidad de verificar su integridad, autenticidad y contexto priva a la defensa de la capacidad real de impugnar su fiabilidad⁶⁵. En la práctica, las defensas no han podido examinar los datos en bruto, ni promover un análisis pericial autónomo, ni conocer con precisión los protocolos técnicos aplicados en la obtención, tratamiento, depuración y eventual reconstrucción de los mensajes. Tales extremos resultan esenciales para valorar la cadena de custodia digital y la autenticidad de la evidencia presentada como prueba de cargo. Si bien es cierto que la prueba formalmente incorporada al proceso penal español adopta la apariencia de una prueba documental —consistente en las transcripciones o testimonios remitidos por las autoridades francesas—, no puede desconocerse que no se trata de un elemento autónomo, sino del resultado de un proceso técnico complejo, mediado por decisiones de selección, tratamiento y validación adoptadas por autoridades extranjeras. En consecuencia, limitar el acceso de la defensa a ese producto final supone privarla de la posibilidad real de someter a contraste los elementos estructurales de la prueba.

Desde la perspectiva del principio de igualdad de armas, no basta con que ambas partes dispongan formalmente del mismo material, sino que ha de garantizárseles oportunidades sustancialmente equivalentes de influir en el material probatorio. En realidad, la acusación se beneficia de un producto previamente depurado y validado institucionalmente, mientras que la defensa carece de herramientas adecuadas para cuestionar su fiabilidad. Ello genera un desequilibrio estructural que compromete la efectividad del principio adversarial.

⁶⁵ Asimismo, como apunta MIHAILOVIC, la ausencia de contexto, en este ámbito, conforma una dificultad particularmente intensa, lo que obliga a los órganos jurisdiccionales a desplegar un escrupuloso escrutinio a fin de determinar si tales comunicaciones descontextualizadas alcanzan el umbral probatorio exigible para enervar la presunción de inocencia o si, por el contrario, deben ser consideradas meros elementos de inteligencia carentes de idoneidad para su utilización como prueba de cargo en el proceso penal. *Vid.* MIHAILOVIC, A. (2025), “Privacy in the Digital Criminal Landscape: redefining legal frameworks in the era of digital evidence”, *Revue Lexsociété*, pág. 6.

En definitiva, la restricción del acceso al material bruto incide directamente en la estructura epistemológica de la prueba penal, debilitando la posibilidad de someterla a un contraste técnico independiente. En tales condiciones, el recurso a categorías como la prueba documental o a doctrinas flexibilizadoras basadas en el control judicial abstracto amenaza con derivar en un formalismo que, en la práctica, compromete la efectividad real del derecho de defensa. Sin mecanismos de auditabilidad, trazabilidad y verificación independiente, la prueba digital corre el riesgo de convertirse en un acto de fe institucional incompatible con un modelo garantista. De ahí que resulte necesaria una ulterior concreción jurisprudencial más exigente, orientada a articular estándares materiales de transparencia técnica y control pericial, en los que la cooperación judicial europea no se construya únicamente sobre la confianza mutua, sino sobre una auténtica confianza verificable, capaz de garantizar, en términos reales y no meramente formales, el derecho de defensa en el procesal penal digital.

IV. REFLEXIÓN FINAL

A la luz de lo expuesto, no resulta técnicamente correcto caracterizar el principio de reconocimiento mutuo como un mecanismo de aplicación “automática” en sentido estricto⁶⁶. Tal lectura simplifica en exceso su naturaleza jurídica y desconoce que la propia arquitectura del Derecho de la Unión incorpora cláusulas de salvaguarda orientadas a preservar los derechos fundamentales. La posibilidad de denegar o condicionar dicha cooperación cuando se aprecien déficits relevantes en la protección de garantías procesales o injerencias desproporcionadas en derechos fundamentales, revela que el automatismo es, en realidad, un automatismo condicionado: esto es, sometido a un juicio previo de compatibilidad con los estándares del Estado de Derecho. De este modo, la intervención del órgano jurisdiccional del Estado de ejecución no puede reducirse a una verificación meramente formal o ritualizada, sino que ha de orientarse a verificar si el Estado requirente

⁶⁶ Nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 807/2022, de 7 de octubre, ya negaba el carácter absoluto de este principio de reconocimiento mutuo al reconocer que “Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras, si bien esta regla anclada en el principio *locus regit actum*, no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales, lo que resultaría incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

garantiza un umbral mínimo de protección de los derechos fundamentales, conforme a los estándares del Derechos de la UE, la CDFUE y el CEDH. Este control, lejos de contradecir la lógica cooperativa del sistema, constituye precisamente su presupuesto de legitimidad: la confianza mutua solo puede sostenerse sobre garantías reales, y no sobre presunciones incuestionables.

Ahora bien, tal control no puede degenerar en una desconfianza estructural ni en una revisión exhaustiva de la decisión extranjera, pues ello comprometería la eficacia operativa del procedimiento y la seguridad jurídica internacional. La cooperación penal europea se asienta, por tanto, sobre una tensión estructural entre eficacia y garantías, que exige una ponderación constante y contextualizada. Se trata de evitar tanto el riesgo de impunidad derivado de un formalismo excesivo como la erosión de derechos fundamentales que podría resultar de una aceptación acrítica de resoluciones extranjeras.

En este equilibrio, el principio de reconocimiento mutuo no puede concebirse como un instrumento de homogeneización sustantiva de los sistemas procesales ni como un mecanismo de “exportación” de modelos nacionales de garantías. Antes bien, descansa sobre el respeto al pluralismo jurídico como elemento estructural del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El límite no radica en la identidad de soluciones, sino en la observancia de un núcleo común de estándares mínimos de protección. Esta construcción encuentra una proyección directa en el ámbito de la prueba digital transnacional, especialmente en contextos como el derivado de la explotación de *EncroChat*. Precisamente porque la confianza no es ciega ni incondicionada, la autoridad nacional no puede ampararse en el origen extranjero de la información para eludir las exigencias internas de reserva jurisdiccional, proporcionalidad y delimitación material de la injerencia. Cuando la solicitud comporta una afectación intensa de derechos fundamentales —por su carácter masivo, su amplitud objetiva o su potencial intrusivo—, el control judicial previo se erige como un imperativo ineludible.

Desde esta perspectiva, la crítica a la actuación del Ministerio Fiscal adquiere pleno sentido: no se trataba de ejecutar una resolución extranjera ya delimitada, sino de activar el acceso a un acervo probatorio masivo, con una evidente proyección prospectiva y con capacidad de incidir de manera intensa en el secreto de las comunicaciones, la intimidad y la protección de datos personales de un número indeterminado de sujetos. En tales supuestos, los principios de especialidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad operan como límites materiales frente al riesgo de convertir la cooperación en una vía de acceso indiscriminado a bases de datos transnacionales.

En este contexto, la STS 854/2025 marca un punto de inflexión relevante. La resolución no solo valida la utilización procesal de evidencias obtenidas en el marco de operaciones tecnológicas complejas desarrolladas por otros Estados miembros, sino que redefine los contornos del control judicial nacional, articulando un modelo de “control material suficiente” compatible con el principio de reconocimiento mutuo.

Lejos de optar por soluciones extremas —admisión acrítica basada en la confianza institucional o exclusión automática fundada en el origen foráneo de la prueba—, el Tribunal Supremo acoge un modelo de admisión condicionada o sujeta a homologación constitucional, en virtud del cual la prueba transnacional solo será válida si supera un umbral mínimo de legalidad, proporcionalidad y garantías. Se consolida así un paradigma de “confianza verificable”, compatible con el principio de reconocimiento mutuo, pero no ciego frente a eventuales déficits de tutela y sustentado en parámetros constatables de control jurisdiccional. Este modelo se estructura en torno a tres ejes fundamentales:

- (i) la legitimidad de la injerencia, con respeto estricto a la reserva jurisdiccional y al principio de proporcionalidad;
- (ii) la transparencia técnica en los procesos de obtención, tratamiento y depuración de los datos, que permita verificar su integridad y trazabilidad; y
- (iii) la garantía de un acceso sustancialmente equilibrado de las partes al material probatorio, como presupuesto del principio de contradicción.

Especial relevancia adquiere este último elemento. El derecho de defensa, en el contexto digital actual, exige algo más que un acceso formal a la prueba: requiere la posibilidad real de verificar, cuestionar y someter a contraste técnico los elementos probatorios. Sin herramientas adecuadas —incluyendo acceso a datos originales o mecanismos equivalentes de auditabilidad—, el principio de contradicción corre el riesgo de vaciarse de contenido. Desde esta perspectiva, los órganos jurisdiccionales han de estar debidamente preparados para asegurar a la defensa un acceso real y efectivo a los elementos técnicos que permitan verificar las condiciones en las que se ha obtenido la prueba digital, así como para cuestionar su fiabilidad y autenticidad. En ausencia de tales garantías, resultaría procedente valorar su exclusión, en la medida en que su utilización podría comprometer las exigencias de un proceso equitativo.

Con todo, la consolidación de este modelo no puede descansar exclusivamente en la evolución jurisprudencial. Requiere, además, una transformación estructural de los sistemas procesales penales, orientada a integrar criterios normativos claros en materia de admisibilidad de la prueba digital, así como a reforzar los mecanismos de control *ex ante* mediante instancias judiciales o cuasi jurisdiccionales independientes. El objetivo último no es otro que institucionalizar un sistema efectivo de *checks and balances*, en el que la ponderación entre las exigencias de la investigación penal y la tutela de los derechos fundamentales —singularmente, el derecho a la intimidad y a un proceso equitativo— no quede relegada a un control meramente reactivo o a posteriori.

Asimismo, la complejidad técnica inherente a estas nuevas formas de investigación impone una aproximación interdisciplinar. La colaboración entre juristas, legisladores y expertos tecnológicos se erige en un elemento indispensable para diseñar herramientas que permitan compatibilizar la eficacia investigadora con la minimización de injerencias indebidas, así como garantizar la integridad y verificabilidad de la evidencia digital. No se trata únicamente de mejorar la comprensión técnica por parte de jueces y juristas, sino también de integrar a los desarrolladores tecnológicos en la construcción de herramientas que permitan compatibilizar la eficacia investigadora con la minimización de injerencias indebidas, por ejemplo, mediante técnicas de interceptación más selectivas o sistemas de verificación de integridad probatoria que no comprometan métodos sensibles.

A la luz de todo lo expuesto previamente, y en particular de las disfunciones evidenciadas en supuestos como los derivados de la explotación de sistemas cifrados, puede afirmarse que el desafío no reside únicamente en la admisibilidad de la prueba, sino en la propia configuración epistemológica del proceso penal. La opacidad en la obtención y depuración de los datos —articulada, como se ha señalado, a través de procesos sucesivos de selección— compromete la posibilidad de un control contradictorio efectivo, debilitando así las garantías estructurales del proceso. De ahí que no resulte suficiente apelar a cláusulas generales, como la equivalencia o la confianza mutua, ni a mecanismos correctores *ex post*. Antes bien, se impone una reconceptualización del sistema en la que el respeto de los derechos fundamentales opere como presupuesto de validez desde el inicio mismo de la actividad investigadora. Ello implica, necesariamente, reconocer a las defensas un acceso sustancial —y no meramente formal— a las fuentes de prueba o, al menos, a mecanismos que permitan reproducir de forma verificable las condiciones de su obtención.

En definitiva, la transformación del ecosistema probatorio en el entorno digital obliga a replantear las categorías clásicas del proceso penal. La clave ya no reside únicamente en la admisibilidad formal de la prueba, sino en su fiabilidad epistemológica y su sometimiento a un control contradictorio efectivo. El reto pendiente consiste en traducir estos principios en estructuras normativas y prácticas operativas concretas, capaces de garantizar simultáneamente la eficacia en la persecución del delito y la preservación de los derechos que definen el Estado de Derecho. Desde esta aproximación integral (normativa, técnica e institucional) será posible evitar que la prueba digital se convierta en un espacio inmune al control jurisdiccional efectivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BACHMAIER WINTER, L. (2024), “La lucha por las garantías procesales y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la mass surveillance en Europa”, en *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas y nuevos retos*, Aranzadi.
- BORGIA, G. (2024), Prueba penal transfronteriza en la Unión Europea y vulneración de derechos fundamentales. ¿límite u oportunidad?, *El proceso, la prueba y el tiempo de cambio*, Dykinson.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2018), “Algunas dificultades y cuestiones pendientes en la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea relativas a las garantías procesales”, en GONZÁLEZ CANO, M. I., (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2007), “El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea”, en JIMENO BULNES, M., (dir.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2005), “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.22, septiembre-diciembre.
- HERNANDEZ WEISS, A. (2022), “Effective protection or rights as a precondition to mutual recognition: some thoughts on the CJEU’s Gavanzov II decision”, *New Journal of European criminal Law*, vol.13, núm. 2.
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. (2022), “De las masivas interceptaciones de datos a las masivas vulneraciones de derechos fundamentales: la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 10033, sección Tribuna, 21 de marzo.
- JANSSENS, C. (2013), *The principal of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, Oxford
- KERR, O. (2012), “The Mosaic Theory of the Fourth Amendment”, *Michigan Law Review*, núm. 111.

- LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, C. (2025), “Obtención de evidencias digitales de plataformas de comunicación encriptadas y el derecho de defensa”, en *Derecho Procesal y ciudadanía. Retos socioeconómicos y politización de la Justicia*, Atelier.
- MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I. y ARRANZ MACAYO, R. (2024), “Aplicación de la doctrina EncroChat por nuestros tribunales de justicia”, *La Ley Penal*, núm. 169.
- MIHAILOVIC, A. (2025), “Privacy in the Digital Criminal Landscape: redefining legal frameworks in the era of digital evidence”, *Revue Lexsociété*.
- MITSOLENGAS, V. (2019), “The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*.
- MURIEL DIÉGUEZ, J.A (2026), “Sobre la validez de pruebas obtenidas de EncroChat (Sentencia del Tribunal Supremo 854/2015)”, *La Ley Unión Europea*, núm.143.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2026), “De vueltas con EncroChat (Comentario a la STS, Sala 2ª, núm. 854/2025)”, *Diario La Ley*, núm. 10873.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J.L. (2024), “EncroChat y las claves de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2024”, *Diario La Ley*, núm. 10526, Sección Tribuna.
- SAGITTAE, G. (2023), “On the lawfulness of the EncroChat and Sy ECC-operations”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 14, núm.3.
- SCHÜNEMANN (2002), “Ein Gespenst geht um in Europa -Brüsseler «Strafrechtspflege» intra muros”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*.
- SPENCER, J.R. (2018), “The Principle of mutual Recognition”, en *Handbook of european Criminal Procedure*, Springer, Charm.
- SZIJÁRTÓ, I. (2023), “The interplay between the European Investigation Order and the Principle of mutual recognition”, *European Papers*, vol. 8, núm.3, págs. 1575-1597.
- URIARTE VALIENTE, L.M. (2025), “Análisis de la Sentencia Encrochat. La transmisión de la prueba electrónica en la UE”, en *Derecho Procesal y Ciudadanía. Retos socioeconómicos y politización de la Justicia*, Atelier, págs. 475-496.
- VOGEL, J. (2002), “¿Supresión de la extradición? Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea”, *El derecho penal internacional*, Madrid.

LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

Courts for violence against women in Spain

IRENE DE LAMO VELADO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid irdelamo@ucm.es
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5980-0617>

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. 1. Sobre el artículo: objetivo y estructura. 2. Las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia: breve resumen sobre la atribución competencial que diseña la LOEP. II. NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. 1. Antecedentes. 2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. 3. Las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia. III. CONCURRENCIA DE LA SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER CON OTRAS SECCIONES DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA. 1. Orden jurisdiccional penal. 1.1. La regla de prevalencia del artículo 89 bis.7 LOPJ y el alcance del término “mujer”. 1.1.1. Violencia de género. 1.1.2. Violencia sexual. 1.2. Conexidad delictiva y pluralidad de víctimas. 2. Orden jurisdiccional civil. IV. ÁMBITO Y COMPETENCIA TERRITORIAL DE LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. 1. Competencia territorial. 2. Ámbito territorial y comarcalización. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumen: La Ley Orgánica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, transforma los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en Secciones de los Tribunales de Instancia y amplía significativamente sus competencias. Este trabajo analiza tres problemas que comprometen la eficacia de ese diseño: la ampliación de competencias agrupa fenómenos criminológicos heterogéneos, como la violencia de género en la pareja, la violencia sexual o la trata con fines de explotación sexual, sin evaluación previa sobre la adecuación de la especialización a cada uno de ellos; el diseño de competencias crea un sistema complejísimo donde varios órganos jurisdiccionales concurren; y la comarcalización de las secciones contradice la finalidad de la competencia territorial del domicilio de la víctima.

Abstract: The Violence against Women Sections of Instance Courts raise three problems that compromise their effectiveness: they lack prior evaluation of their suitability for different phenomena; their design creates an extremely complex system where several courts concur; and the districting of sections contradicts the purpose of territorial jurisdiction based on the victim's domicile.

Palabras Clave: Especialización judicial, violencia sobre la mujer, violencia sexual, comarcalización, Tribunales de Instancia, LOEP.

Keywords: Judicial Specialization, Violence Against Women, Sexual Violence, Territorial Clustering, Instance Courts, LOEP.

Listado de Abreviaturas

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEPEJ	Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
GREVIO	Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 1/2004	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LO 10/2022	Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual
LOEP	Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
UE	Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

1. SOBRE EL ARTÍCULO: OBJETIVO Y ESTRUCTURA

El objetivo de este artículo es analizar la configuración de las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia, creadas mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOEP). El trabajo se estructura en tres partes que abordan las principales cuestiones que plantea el diseño de estos órganos especializados: (i) la necesidad de especialización; (ii) la concurrencia con otras secciones especializadas; y (iii) el ámbito territorial y la comarcalización de las secciones.

En cuanto a la necesidad de especialización, la LOEP atribuye a las Secciones de Violencia sobre la Mujer competencias para el enjuiciamiento e instrucción de delitos con dinámicas criminológicas heterogéneas: desde ilícitos relacionados con la violencia de género en la pareja hasta mutilación

genital femenina, pasando por delitos contra la libertad sexual y delitos de acoso con connotación sexual cometidos contra mujeres, además de delitos de trata con fines de explotación sexual si las víctimas son mujeres. La LOEP otorga también competencias civiles por conexión para todos estos delitos. Esta “amalgama” de competencias civiles y penales transforma los anteriores Juzgados de Violencia sobre la Mujer en un órgano jurisdiccional muy distinto. El primer apartado aborda esta problemática: la finalidad y fundamento de especialización de las secciones de Violencia sobre la Mujer —¿especialización para qué?—. Para ello, analiza los anteriores Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sus antecedentes, además de la justificación que ofrece la LOEP para diseñar estas Secciones.

El segundo apartado de este artículo estudia la concurrencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer con otros órganos especializados. La LOEP considera la especialización una de las principales estrategias para conseguir un Servicio Público de Justicia eficiente, y, en el ámbito penal, diseña varios órganos jurisdiccionales instructores que asumen la fase de investigación del proceso. Las Secciones de Instrucción o Secciones Únicas, de civil y de instrucción, que tienen vocación general; y dos secciones especializadas: las Secciones de Violencia sobre la Mujer y las Secciones de Violencia contra la Infancia y Adolescencia. Este apartado se ocupa, además, de dos problemas principales que genera la apuesta por la especialización judicial de órganos instructores: cuestiones de competencia cuando un mismo hecho delictivo afecta a varias víctimas de distinta naturaleza, y la determinación del órgano competente en los supuestos de conexión delictiva. En cuanto a sus competencias civiles, también pueden surgir cuestiones de competencia con las Secciones Civiles o Secciones Únicas, de civil y de instrucción, y con las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad.

El tercer apartado, y último, aborda la competencia territorial de las Secciones de Violencia sobre la Mujer y la comarcalización de algunas Secciones. En cuanto a la competencia territorial de estas Secciones, la LOEP mantiene el criterio que la LO 1/2004 estableció para la competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: el artículo 15 bis LECrim determina que la competencia corresponde al lugar del domicilio de la víctima, no al lugar de comisión del delito. Por tanto, se rigen también por este criterio las nuevas competencias que la LOEP atribuye a las Secciones de Violencia sobre la Mujer en materia de violencia sexual. Por último, ante el previsible y considerable aumento de la carga de trabajo derivado de esta nueva atribución competencial, y en cumplimiento del mandato de la disposición transitoria cuarta de la LOEP, el Gobierno aprobó el Real Decreto

422/2025, de 3 de junio, por el que se dotan nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer, se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal (en adelante, Real Decreto 422/2025). Esta norma, en lo relativo a las Secciones de Violencia sobre la Mujer, transformó plazas de Secciones de Instrucción, creó nuevas plazas y Secciones de Violencia sobre la Mujer, y amplió la jurisdicción, o comarcalizó, de algunas secciones a otros partidos judiciales.

2. LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: BREVE RESUMEN SOBRE LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL QUE DISEÑA LA LOEP

El ordenamiento jurídico español ha apostado por la especialización judicial mediante reformas puntuales hasta 2025¹: sin obedecer a un planteamiento general sobre su conveniencia como principio rector de la organización judicial². En ese año, la reforma operada por la LOEP identificó en su

¹ Desde la creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en 1979, mediante la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Les siguieron en 1981 los Juzgados de Familia, como juzgados de primera instancia especializados en Derecho de familia, establecidos a través del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio; los Juzgados de Menores en 1985, integrados en la jurisdicción ordinaria como órganos especializados por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), si bien su configuración actual deriva de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que estableció un sistema de responsabilidad penal para mayores de catorce y menores de dieciocho años; en 2003, los Juzgados de lo Mercantil, como órganos jurisdiccionales especializados por razón de la materia en el orden civil, creados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ; y finalmente, en 2004, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, configurados como órganos especializados dentro del orden penal que combinaban criterios de especialización *ratione personae*, víctima mujer que mantenga o haya mantenido una relación de afectividad con el autor, y *ratione materiae*, delitos cometidos con violencia o intimidación en ese contexto y procesos civiles de crisis matrimoniales o de pareja.

² Algunos autores denominan el “mito de la especialización judicial” a esta predilección por los órganos jurisdiccionales especializados por razón de la materia en España. En cambio, en países anglosajones como Estados Unidos predomina el modelo opuesto: el “mito del juez generalista”. Los órganos jurisdiccionales generalistas gozan de mayor prestigio que los jueces especializados (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2002; DOMÉNECH PASCUAL y MORA-SANGUINETTI, 2015; POSNER, 1983). La especialización judicial presenta tanto ventajas como inconvenientes que conviene analizar. Para un análisis

exposición de motivos la falta de especialización de los juzgados como una de las principales disfunciones del Servicio Público de Justicia³, aunque la realidad era otra. Así, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia en su *Informe sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales en los Estados miembros de la Unión Europea (2012-2020)*⁴ identificó que el 60% de los órganos jurisdiccionales de primera instancia están especializados en España. Muy por encima de la media europea del 25%⁵. Este dato cobra

exhaustivo véase DOMÉNECH PASCUAL y MORA SANGUINETTI (2015), que señalan que la especialización será tanto más beneficiosa cuanto mayor sea la complejidad técnica de los asuntos, las similitudes entre ellos y la necesidad de resolverlos de forma uniforme y ágil. Y menos ventajosa cuanto mayor sea el peligro de captura y activismo judicial o la lejanía geográfica respecto de los justiciables. Además, existen dos riesgos en el diseño de los órganos jurisdiccionales especializados. El primero es que la coexistencia de lógicas diversas, protección y castigo, puede generar un “subtexto punitivo”: bajo discursos terapéuticos o protectores puede ocultarse una expansión del control del Estado. En este sentido, HANNAH-MOFFAT y MAURUTTO (2012, pp. 201-213), tras cuatro años de observación de nueve tribunales especializados canadienses, *Drug Treatment Courts*, concluyeron que estos tribunales constituyen “ensamblajes” que combinan elementos de castigo, tratamiento y control de naturaleza heterogénea, y que la intervención estatal se expande a través de estrategias preventivas o protectoras. El segundo riesgo es la falta de evaluación previa sobre la adecuación del modelo: KAI-SER y HOLTFRETER (2016, p. 45) concluyeron que la expansión de los tribunales especializados en Estados Unidos desde el primer *Drug Court* de Miami en 1989 hacia otros ámbitos, como salud mental, violencia doméstica, veteranos, se produjo sin valorar si el modelo resulta apropiado para cada uno de ellos, lo que puede llevar a desaprovechar los beneficios de la especialización judicial.

³ De forma expresa la exposición de motivos de la LOEP indica que “la organización judicial tradicional ha provocado, con el paso del tiempo, una serie de disfunciones en el ámbito de la Administración de Justicia, como pueden ser la falta de especialización de los juzgados; la proliferación de órganos con idéntica competencia en cada partido judicial, conllevando una innecesaria dispersión de medios y esfuerzo; el favorecimiento de la justicia interina; y las desigualdades en la carga de trabajo y en el tiempo de resolución de asuntos, entre otras”

⁴ European Commission for the Efficiency of Justice [CEPEJ]. (2022). *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States: Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2012 to 2020. Part 2, Country fiches for each EU Member States* (2020). Publications Office of the European Union.

⁵ Para situar esta cifra en perspectiva, Italia presenta un 31% de órganos especializados, Alemania y Portugal un 25%, Francia apenas un 16% (CEPEJ, 2022). También es importante subrayar que el CEPEJ, en su publicación, clasifica como órganos especializados por razón de materia todos los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional laboral (*Labour Courts*) y del contencioso administrativo (*Administrative Courts*). Esta decisión metodológica puede explicar, al menos en parte, el porcentaje tan abultado de especialización judicial en España.

particular interés en relación con el número de jueces por habitante. España cuenta con 11,24 jueces por cada 100.000 habitantes, una cifra inferior a la media europea de 23,9 jueces por cada 100.000 habitantes⁶.

En cualquier caso, la LOEP apostó por la especialización judicial como uno de los tres pilares fundamentales de la eficiencia organizativa, junto con la homogeneidad y la capacidad organizativa. Estableció, además, un modelo de especialización que opera en tres capas. En primer lugar, mediante la creación de secciones especializadas dentro de los Tribunales de Instancia. Así, cada Tribunal de Instancia puede estar integrado, además de por Secciones con vocación general en cada orden jurisdiccional, por diversas Secciones especializadas: de Familia, Infancia y Capacidad; de lo Mercantil; de Violencia sobre la Mujer; de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia; de Menores⁷. En segundo lugar, la LOEP prevé la especialización de plazas dentro de las propias secciones. El CGPJ puede acordar que, si existe más de una plaza judicial en la misma Sección, una o varias plazas asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos⁸. En un tercer nivel, la LOEP extendió la especialización a la segunda instancia. Estableció que las Audiencias Provinciales deben especializar de forma obligatoria una o varias de sus secciones para conocer de los recursos contra resoluciones dictadas por las Secciones de Violencia sobre la Mujer y de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y del enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por estas Secciones. Asimismo, las Audiencias Provinciales pueden especializar secciones para conocer de recursos contra resoluciones de las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad y de lo Mercantil.

En cuanto a las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia, la LOEP suprime los anteriores juzgados especializados e integra sus funciones en estas nuevas Secciones. Y respecto a estos juzgados, aumenta sus competencias penales y civiles de forma significativa. En el ámbito penal, las Secciones mantienen las mismas competencias que antes poseían los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en violencia de género en la pareja, con la excepción de que ahora asumen la instrucción de los deli-

⁶ Otros países de nuestro entorno presentan ratios superiores: Alemania tiene 24,73 jueces por cada 100.000 habitantes; Portugal, 19,42; Italia, 11,86; Francia, 11,16. La comparación revela que España optó por un modelo de elevada especialización judicial con un número relativamente bajo de jueces por habitantes (CEPEJ, 2022)

⁷ En profundidad, sobre los Tribunales de Instancia, GASCÓN INCHAUSTI (2025).

⁸ Mediante la nueva redacción que le otorga al artículo 96 de la LOPJ.

tos relativos a las relaciones familiares. En detalle, conservan las siguientes competencias:

- La instrucción de delitos graves y enjuiciamiento de delitos leves cometidos en el contexto de violencia de género en las relaciones de pareja o expareja⁹. La ley atribuye a estas secciones la competencia para la instrucción de los procesos por delitos relativos a: delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, cometidos contra la esposa o pareja, actual o pasada, incluso sin convivencia. Y además también si se cometen contra descendientes, menores o personas con discapacidad¹⁰ que convivan con el agresor o estén bajo tutela o guarda de la pareja, siempre que exista también un acto previo de violencia de género (arts. 89.5.a y 89.5.d LOPJ).
- La adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas de violencia de género (art. 89.5.c LOPJ).
- La competencia de dictar sentencia de conformidad con la acusación (art. 89.5.e LOPJ).
- Emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley (art. 89.5.f LOPJ).

⁹ Los artículos 89.5.a y 89.5.d LOPJ mantienen sustancialmente la regulación prevista en el anterior artículo 87 ter.1 LOPJ.

¹⁰ La única diferencia entre el artículo 87 ter. 1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial anterior a la reforma operada por la Ley de Eficiencia Procesal y el posterior artículo 89.5.a, que pasa a regular las secciones de violencia sobre la mujer, es que en la antigua redacción se emplea la expresión “personas con la capacidad modificada judicialmente”. El nuevo tenor de la ley, en cambio, menciona “personas con discapacidad” y adopta la terminología introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta norma supuso un cambio de paradigma, eliminando las antiguas figuras de incapacitación y sustitución en la toma de decisiones para adoptar un sistema basado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, en consonancia con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La expresión “personas con discapacidad”, sin embargo, no distingue entre aquellas personas cuya capacidad ha sido objeto de modificación judicial mediante resolución específica y el colectivo más amplio de personas con discapacidad que mantienen plena capacidad jurídica sin necesidad de medidas de apoyo judicializadas.

La principal novedad es la atribución de competencias sobre violencia sexual. De forma específica, la LOEP dota a las Secciones de Violencia sobre la mujer de estas nuevas competencias:

- Instrucción de procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra las relaciones familiares cometidos contra la esposa o pareja, actual o pasada, incluso sin convivencia; y también descendientes, menores o personas con discapacidad que convivan con el agresor o estén bajo tutela/guarda de la víctima (Artículo 89.5.b LOPJ). Los delitos contra las relaciones familiares se regulan en el título XII del CP. La regulación anterior solo atribuía la instrucción de los delitos del Capítulo 3 del Título XII CP, que regula el quebrantamiento de deberes de custodia, la sustracción de menores y el abandono de familia. La redacción actual de la LOPJ extiende la competencia al resto de delitos contra las relaciones familiares: los matrimonios ilegales (Capítulo 1) y los delitos relativos a la suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor (Capítulo 2).
- Instrucción de procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos que la ley engloba bajo el concepto de “violencia sexual”: delitos contra la libertad sexual previstos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual y trata con fines de explotación sexual, cuando la persona ofendida sea mujer (art.89.5.h LOPJ).
- Instrucción de procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea víctima de violencia de género, y la amplía al ámbito de la violencia sexual (art. 89.5.g LOPJ).

Por otra parte, la LOEP amplió el catálogo de competencias civiles y, además, la principal novedad es que atribuye competencias civiles en conexión con las competencias penales sobre violencia sexual. Así, las Secciones de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: (i) que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias civiles que la ley les atribuye a las secciones; (ii) que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género o de violencia sexual; (iii) que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género o de violencia sexual; (iv) que se hayan iniciado ante la

Sección de Violencia sobre la Mujer de un Tribunal de Instancia actuaciones penales por delito o delito leve a consecuencia de un acto de violencia de género o de violencia sexual, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género o de violencia sexual.

Así, las Secciones conservan las competencias civiles de las que ya disponían los Juzgados de Violencia sobre la Mujer respecto a los procesos por violencia de género, que ahora también se amplían a violencia sexual:

- Crisis matrimoniales y crisis de la unión de hecho y su régimen económico (art. 89.6.a LOPJ).
- Guarda y custodia de hijos e hijas menores (art. 89.6.b LOPJ).
- Incluyen, además, la mención expresa a la competencia para modificación de medidas adoptadas en los procesos derivados de las anteriores competencias, crisis, y guarda y custodia (art. 89.6.c LOPJ).
- Maternidad, paternidad y filiación, e incluyen la adopción (art. 89.6.d LOPJ).
- Relaciones paternofiliales (art. 89.6.e LOPJ), así como la competencia relativa a la protección del menor, que comprende: las medidas de restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional (cap. IV bis, título I, libro IV LEC); la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores y la determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción (cap. V, título I, libro IV LEC); y la oposición a resoluciones registrales en materia de Registro Civil (cap. V, título I, libro IV LEC).
- Liquidación del régimen económico matrimonial instado por los herederos de la mujer víctima de violencia de género, así como los procesos de liquidación que se insten frente a estos herederos (art. 89.6.h LOPJ).

La reforma otorga nuevas competencias civiles a las Secciones de Violencia sobre la Mujer. Les atribuye, casi en puridad, las competencias que adjudica a las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad:

- Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia, con excepción de los relativos a la declaración de ausencia y sobre la extracción de órganos de donantes vivos (art. 89.6.g LOPJ). La jurisdicción voluntaria presupone la ausencia de controversia entre partes: exigir para su atribución que víctima e imputado comparezcan simultáneamente en un proceso penal ante el mismo órgano resulta incoherente.

- Reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial (art. 89.6.i LOPJ) a las Secciones de Violencia sobre la Mujer, y para el reconocimiento y la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras civiles sobre menores y familia.
- Procesos para la efectividad de los derechos de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, con su familia de origen en caso de adopción, con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados (arts. 160 del Código Civil y 89.6.k LOPJ).

La ampliación de competencias civiles a violencia sexual plantea dudas sobre su utilidad. En violencia de género existe una relación previa o actual entre las partes que lo justifica, pero una agresión sexual puntual por un desconocido, por ejemplo, en rara ocasión genera procesos civiles conexos más allá de la responsabilidad civil derivada del delito, de la que ya conoce el órgano jurisdiccional penal. La utilidad de esta atribución de competencias civiles en el ámbito de violencia sexual resulta, por tanto, muy limitada.

II. NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Las Secciones de Violencia sobre la Mujer en los Tribunales de Instancia son el resultado de un proceso que comenzó hace más de veinticinco años. Desde las primeras iniciativas de especialización judicial en 1999 hasta la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004), el Poder Legislativo fue ampliando y redefiniendo el modelo. La LOEP ha dado un paso más: ha transformado aquellos juzgados en secciones de los Tribunales de Instancia y ha extendido sus competencias hasta abarcar delitos con dinámicas criminológicas muy heterogéneas, junto con competencias civiles por conexión. Esta evolución obliga a plantearse una pregunta previa: ¿cuál es el fundamento de esta especialización? El presente epígrafe aborda esta cuestión a partir del examen de los antecedentes, de la justificación que ofreció la LO 1/2004 para la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de los criterios que ha seguido la LOEP para diseñar las nuevas Secciones.

1. ANTECEDENTES

En 1999, el Pleno del CGPJ creó los primeros Juzgados de Instrucción especializados en Violencia Doméstica de España, en Elche, Orihuela y Alicante¹¹. El CGPJ justificó la especialización en tres motivos¹²: ofrecer una respuesta más ágil y eficaz para satisfacer la demanda social en materia de malos tratos en el ámbito familiar; conseguir mayor eficacia en el orden penal, ya que consideraba que la complejidad no derivaba de la propia norma sino de su aplicación al fenómeno social de la violencia doméstica; y contribuir a la formación especializada de los jueces. En paralelo a esta experiencia, en el 2000 las Juntas de Jueces de Madrid y Barcelona adoptaron normas específicas de reparto que concentraban en determinados Juzgados de Instrucción los asuntos relativos a violencia doméstica¹³.

El CGPJ encargó a la Comisión de Estudios e Informes ese mismo año un análisis sobre la problemática de la violencia doméstica, ante el creciente interés social¹⁴. El Pleno del CGPJ publicó el informe en 2001, donde consideró la violencia doméstica un fenómeno que afectaba mayoritariamente a las mujeres y sus hijos menores. Y que, si bien no era nuevo, había generado mayor conciencia social y un aumento significativo de las denuncias¹⁵. El informe encontró positiva la existencia de juzgados especializados en el orden penal. La necesidad de la especialización no radicaba en la compleji-

¹¹ El Acuerdo de 1 de diciembre de 1999 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, atribuyó con carácter exclusivo el conocimiento de los delitos del artículo 153 CP, las faltas de violencia doméstica previstas en los arts. 617 y 620 CP, y la adopción de medidas contempladas en el artículo 57 CP.

¹² Acuerdo de 1 de diciembre de 1999 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

¹³ La Junta de Jueces de Madrid, el 25 de febrero de 2000, estableció normas de reparto basadas en la identidad de la víctima. Por su parte, la Junta de Jueces de Barcelona, el 6 de julio de 2000, adoptó el criterio de identidad del imputado.

¹⁴ Mediante Acuerdo de 13 de septiembre de 2000 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁵ El Informe del CGPJ se apoyaba en los datos de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 1999, según la cual el 12,4% de las mujeres mayores de edad habían sufrido violencia doméstica (aproximadamente 1.865.000 mujeres). El Informe incluía además jurisprudencia significativa del Tribunal Supremo, en particular la STS de 24 de junio de 2000, que reconoció expresamente la violencia doméstica como “un problema social de primera magnitud” y no como una cuestión relativa a la intimidad de la pareja, condenando al acusado por un delito de abuso sexual cometido contra la hija de su pareja de hecho y por maltrato habitual contra esta última.

dad técnica de las normas aplicables, sino en las dificultades que planteaba su aplicación al fenómeno de la violencia doméstica¹⁶.

En línea con las recomendaciones del informe, se aprobó el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica en 2001. Sin embargo, y pese a las recomendaciones de su propio informe y a las directrices de este plan, el CGPJ suprimió los juzgados especializados ese mismo año¹⁷. La especialización había incidido de forma negativa en su funcionamiento sin mejorar los tiempos de tramitación. El problema estaba en que estos órganos mantuvieron todas sus competencias y asumieron, además, todos los asuntos de violencia doméstica del partido judicial. El Acuerdo concluyó que los inconvenientes superaban las ventajas, no obstante, el CGPJ mantuvo su preocupación por la violencia doméstica y estableció normas específicas de reparto en materia penal y creó un registro informático de violencia doméstica, para facilitar el seguimiento de los casos y permitir el conocimiento de antecedentes de los agresores¹⁸. El mismo año, se aprobó la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica. Esta norma reforzó la necesidad de coordinación entre órdenes jurisdiccionales, objetivo que se consolidó con el Protocolo del

¹⁶ El Informe identificó los principales desafíos jurídicos y procesales que planteaba la violencia doméstica. Desde la perspectiva sustantiva, señaló tres dificultades: determinar la existencia de violencia psíquica, establecer cuándo una conducta adquiere carácter de habitual, y delimitar el ámbito subjetivo de protección. En relación con este último aspecto, el Informe cuestionaba, en particular, si la protección debía extenderse también a la violencia ejercida sobre abuelos o nietos. En materia de responsabilidad civil, el Informe advirtió de la necesidad de evitar sanciones pecuniarias que pudieran perjudicar los bienes gananciales de la pareja. En el plano procesal, el Informe identificó dos problemas fundamentales. En primer lugar, las especiales dificultades probatorias: la violencia doméstica se produce en la intimidad del hogar y su acreditación resulta especialmente difícil cuando se ejerce exclusivamente de forma psicológica. Además, el terror que experimenta la víctima frente al agresor puede propiciar que se retracte en sus declaraciones o se niegue a prestar testimonio. El CGPJ enfatizó la importancia de agotar todas las fuentes de prueba disponibles, sin limitarse exclusivamente al testimonio de la víctima. En segundo lugar, la tutela cautelar de las víctimas: el Informe subrayó la necesidad de establecer medidas cautelares eficaces. El CGPJ consideró fundamental, además, la formación especializada de los jueces y la coordinación entre las jurisdicciones civil y penal. Identificó también varios riesgos de la especialización judicial: las dilaciones procesales, la falta de intermediación del juez en las primeras actuaciones, la inexistencia de un registro de antecedentes de agresiones y la victimización institucional.

¹⁷ Mediante Acuerdo de 5 de diciembre de 2001, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁸ Mediante Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del CGPJ.

CGPJ para la coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica¹⁹.

En definitiva, desde sus orígenes la necesidad de especialización judicial no se encontraba en la complejidad jurídica de las normas, sino en la naturaleza misma del fenómeno: sucede en la intimidad familiar, son conductas habituales y las víctimas pueden experimentar terror frente a su agresor. La experiencia de los Juzgados de Instrucción especializados en Violencia Doméstica demostró que esta especialización requería no solo sensibilidad de los jueces frente al fenómeno, sino también recursos materiales. Los instrumentos que se aprobaron en 2003 mantuvieron la preocupación por el fenómeno de los malos tratos y sentaron las bases para un nuevo modelo de especialización judicial: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

2. LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer fueron una de las principales medidas de la LO 1/2004. La ley continuó la línea que había impulsado el CGPJ, en concreto, la experiencia de los juzgados especializados en violencia doméstica. Pero fue más allá en dos sentidos: modificó el objeto de especialización, de la violencia doméstica a la violencia de género, y dotó a estos órganos de competencias civiles y penales²⁰.

¹⁹ El Protocolo estableció que “la coordinación entre ambos órdenes jurisdiccionales está destinada de forma principal a proporcionar a la víctima un marco integral de protección, evitar que existan resoluciones contradictorias; proporcionar a los Juzgados civiles un conocimiento adecuado de las actuaciones realizadas por los Juzgados de Instrucción en asuntos de violencia doméstica, favorecer la adopción de las resoluciones que resulten más adecuadas; y facilitar que el Juzgado civil correspondiente pueda adoptar dentro de los plazos legales la resolución sobre la ratificación, modificación o levantamiento de las medidas civiles dictadas en el seno de una Orden de Protección” Protocolo del CGPJ para la coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica, de 18 de diciembre de 2003.

²⁰ Sobre este último aspecto, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer eran Juzgados de Instrucción especializados dentro del orden penal a los que la ley también atribuyó competencias civiles. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 justificó esta integración por la necesidad de establecer “medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios” que “compagine, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia”, con el fin de garantizar “la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”. Conforme a la tradición jurídica española, la ley optó por “una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de

En cuanto al objeto de la especialización, los Juzgados de Violencia Doméstica seguían solo el criterio *ratione materiae*, por la materia: la violencia doméstica, sin importar el sexo de víctima o agresor. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lo combinan con el criterio *ratione personae*, es decir, que la víctima sea mujer y el agresor su pareja o expareja. El articulado de la ley acotó la violencia de género al maltrato en el ámbito de la pareja, que se define como aquella que es fruto de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (artículo 1.1 LO 1/2004)²¹.

La justificación sobre la necesidad de especialización que ofrece la ley es contradictoria: emplea en su exposición de motivos una definición diferente a la del articulado. En la exposición, hace referencia al síndrome de la mujer maltratada que comprende el “maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”. Contradicción que también reside en la regulación de estos órganos especializados. Por una parte, reciben el nombre de “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, no de “Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el ámbito de pareja”. Este último nombre hubiera sido más preciso porque “Violencia sobre la Mujer” invita a pensar que son órganos que conocen de cualquier delito violento

competencias penales por parte de los Jueces Civiles”. La solución no estuvo exenta de crítica. El CGPJ, en su Informe sobre el Anteproyecto (2004, p. 50), consideró que dichos juzgados constituían “una especie de conmixti3n de jurisdicciones” y abogó, en cambio, por conservar los mecanismos de coordinaci3n del Protocolo de Coordinaci3n entre los 3rdenes jurisdiccionales civil y penal de 2003. Sobre este punto, véase MELERO BOSCH (2005, p. 44). Con todo, no era la primera vez que la ley atribuía competencias de distintos 3rdenes a un mismo 3rgano especializado: los Juzgados de lo Mercantil, creados por la Ley Orgánica 8/2003, tienen atribuidas competencias del orden civil en materia concursal y del orden social en aspectos laborales vinculados al concurso, atribuci3n que se justificó por el carácter universal del concurso y la necesidad de concentrar en un solo 3rgano las materias de mayor trascendencia para el patrimonio del deudor.

²¹ En su *Informe sobre el Anteproyecto*, el CGPJ (2004) cuestionó la creaci3n de “una suerte de jurisdicci3n especial por raz3n del sexo de una de las partes”, al considerar que esta especializaci3n obedecía a un criterio político basado exclusivamente en el sexo de la víctima, sin que existiera “una explicaci3n razonable, al margen del dato puramente estadístico” que la justificara. El Consejo advirtió además que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer atentaban contra la imparcialidad judicial y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (CUADRADO SALINAS Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2006, p. 150; CUBILLO LÓPEZ, 2006, p. 125).

cometido contra una mujer. Pero la ley diseña estos juzgados como órganos instructores de delitos cometidos contra mujeres por sus parejas varones, o contra sus hijos o dependientes si había un acto previo de violencia contra ellas²².

¿Qué revela esta contradicción? Una tensión entre la trayectoria previa y el deseo de un compromiso más amplio. En cuanto al primer aspecto, las principales vindicaciones sobre derechos de las mujeres del siglo XX estuvieron anudadas al ámbito de lo íntimo, del matrimonio, de la familia: por ejemplo, en 1975 se suprimió la licencia marital, institución que convertía al marido en representante legal de su esposa y le impedía a esta realizar actos jurídicos o ejercer una profesión sin permiso marital; en 1981 se reguló el divorcio; en 1985 se despenalizó el aborto en determinados supuestos; en 1989 se reformaron los delitos sexuales, que hasta entonces protegían la “honestidad femenina” y no castigaban las agresiones sexuales en el ámbito del matrimonio. La LO 1/2004 fue en esta dirección también y conceptualizó en su articulado la violencia de género como aquella que sucede en el ámbito de pareja y que sufren las mujeres como una violencia específica que, además, requiere medidas integrales.

En cuanto al compromiso que impulsa la ley, su propio nombre lo encierra: “Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. Se puede dividir en dos conceptos, por tanto, la violencia de género y las medidas de protección integral. La ley define la violencia de género a partir de un rasgo esencial en el que descansa la justificación de las “medidas de protección integral” que adopta, y, por tanto, la justificación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: es un problema público. Está en la primera frase de la exposición de motivos, “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado”. Este es el corazón del compromiso por el que apuesta la ley. No es erradicar la violencia, porque en una sociedad que pretende ser igualitaria caben la violencia y el conflicto, son inevitables, de hecho²³. El compromiso es otro, erradicar el ejercicio privado de la violencia

²² El artículo 44 de la LO 1/2004 que introduce el 87 ter de la LOPJ. El primer informe del GREVIO también nota esta contradicción: “la mayoría de los esfuerzos para abordar la violencia contra las mujeres en España se han centrado en la violencia en el ámbito de la pareja”.

²³ Esta idea no queda tan clara en la exposición de motivos porque se empeña en definir la violencia de género desde una perspectiva ahistórica, siempre ha estado ahí de la misma forma, y como símbolo de desigualdad, a más violencia más desigualdad. Pero es una definición errónea. Por una parte, la definición de violencia de género como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales es poco sensible al

contra las mujeres, en sentido amplio, no solo la que sucede en la pareja. En otras palabras, lo escandaloso no es que exista violencia entre personas iguales a nivel legal, sino que esta violencia ocurra con impunidad: fuera del control del Estado.

La definición de la violencia como problema público justifica el otro concepto del título de la ley, las medidas de protección integral. Una ley no puede erradicar la violencia, pero sí puede acabar con su impunidad, o al menos proponérselo. Por eso la ley no se limita a tipificar delitos, sino que despliega diferentes medidas para dar una respuesta institucional global. Afecta a muchos ámbitos, como educación, publicidad y medios de comunicación, sanidad, y justicia. La especialización judicial es una de esas medidas, es parte de la respuesta institucional que convierte un problema que antes era privado en un asunto público que merece atención específica del Estado. En la exposición de motivos, la ley justifica que “conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles”. Y alude solo, y de forma genérica, a la complejidad del fenómeno social²⁴.

cambio social. Niega el progreso que consiguieron las principales reformas legislativas del siglo XX, como la regulación del divorcio o la legalización del aborto. Otro problema es que la ley considera la violencia de género como un símbolo de desigualdad. Según esta lógica, a más desigualdad, más violencia. Pero es posible argumentar lo contrario, que, además, es más realista: la progresiva vindicación de derechos ha conseguido que la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres disminuya y, precisamente, entre sujetos más similares surgen con más facilidad el enfrentamiento, el conflicto y la violencia. Si dos individuos son muy desiguales no cabe nada de lo anterior sino la imposición de uno sobre otro, que también puede ser muy violento para quien se ve sometida, pero, de alguna forma, evita el enfrentamiento. Por tanto, a más igualdad, más conflicto y más violencia.

²⁴ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 justifica la especialización judicial señalando que “desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención a las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica”. La ampliación de competencias de tribunales especializados sin evaluar la adecuación de la especialización a los nuevos ámbitos no es un problema exclusivo de España. En Estados Unidos, la expansión de tribunales especializados desde el modelo *drug court* (1989) hacia ámbitos como salud mental, violencia doméstica y veteranos “ha continuado sin apenas considerar si el modelo *drug court* es apropiado para estas otras poblaciones” y “existe poca evidencia empírica sobre si este modelo

Para los Juzgados de Violencia Doméstica, el antecedente más similar, el CGPJ había identificado dificultades específicas en la aplicación de la normativa al fenómeno de la violencia doméstica, como la intimidad del contexto, habitualidad de las conductas, terror que sufren las víctimas. Pero la exposición de motivos de la LO 1/2004 guarda silencio al respecto y no recoge justificaciones específicas. La ley parece operar bajo el supuesto de que su fuerza reside en la suma, en la respuesta integral que todas las medidas conforman, más que en cada medida individual. Este enfoque tiene una ventaja evidente porque reconoce que un problema complejo requiere soluciones diferentes, pero plantea un riesgo: la justificación “integral” puede sustituir la justificación individual de cada medida. En el caso de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la necesidad de especialización no descansa en la complejidad propia de la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, sino en la lucha contra la impunidad de ciertos tipos de violencia que sufren las mujeres. Esa es, al menos, la única justificación que ofrece la propia ley.

Esta ausencia en la exposición de motivos no implica que la especialización judicial carezca de sentido o de efectos positivos. La experiencia práctica de dos décadas demuestra que la especialización ha sido beneficiosa, al menos en algunos aspectos. Los titulares de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer han desarrollado una comprensión profunda de las dinámicas específicas de la violencia en el ámbito de la pareja: el ciclo de la violencia, el terror de las víctimas, las dificultades probatorias en un contexto de intimidad, la valoración del riesgo de reiteración²⁵. Esta comprensión especiali-

puede adaptarse con éxito a otros delitos o poblaciones de infractores” (KAISER y HOLTFRETER, 2016, p. 45).

- ²⁵ CASTRO et al. (2021) realizaron un estudio cualitativo en Valencia combinando cinco grupos focales con diecinueve profesionales y diez entrevistas con informantes clave de distintos ámbitos relacionados con violencia de pareja: psicólogos de programas de intervención con agresores y víctimas, policía especializada, abogados, fiscalía, servicios de apoyo a víctimas, servicios sociales. El estudio buscaba comprender por qué España tiene una de las prevalencias más bajas de violencia de pareja contra mujeres en la Unión Europea. Los profesionales entrevistados identificaron tres categorías como posibles explicaciones: leyes y políticas públicas, destacando la LO 1/2004 como ley integral, transversal y pionera; la especialización obligatoria de profesionales; y los tribunales especializados con personal formado específicamente; conciencia social; y patrones culturales, como relaciones familiares cercanas y redes de apoyo social como factores protectores. Los participantes valoraron especialmente la especialización judicial y profesional. No obstante, el estudio documenta percepciones de profesionales sobre factores asociados a baja prevalencia, no evaluación empírica del impacto de la especialización sobre resultados concretos.

zada puede mejorar la calidad de las decisiones judiciales, especialmente en la adopción de medidas de protección urgentes.

Los anteriores efectos positivos no evitaron que la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer generara intensos debates y enfrentara problemas prácticos significativos. Desde su creación, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer han generado un intenso debate sobre su legitimidad constitucional²⁶. Más allá, la doctrina identificó un problema práctico fundamental: solo se crearon catorce juzgados exclusivos frente a cuatrocientos veintiuno que compatibilizaban funciones. Esto significaba que, en la gran mayoría de partidos judiciales, los Juzgados de Instrucción asumían las nuevas competencias sin liberarse de sus funciones ordinarias²⁷. Veinte años después, una encuesta elaborada por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ confirma, al menos de forma parcial, estas preocupaciones. Los datos revelan carencias generalizadas: el 79% de los juzgados no tienen espacios para víctimas; el 90,5% sin punto de encuentro familiar; demoras forenses superiores a seis meses en el 44,3% de los juzgados²⁸.

²⁶ La doctrina mayoritaria ha sostenido la constitucionalidad de estos órganos judiciales. Se ha argumentado que no constituyen una jurisdicción especial en el sentido del artículo 117.6 CE, sino órganos jurisdiccionales especializados integrados en el orden penal con atribución de competencias civiles en determinadas circunstancias, en términos análogos a los Juzgados de lo Mercantil. Esta tesis mantiene que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer satisfacen los requisitos constitucionales del derecho al juez ordinario predeterminado por ley (artículo 24.2 CE): fueron creados mediante ley orgánica que modificó la LOPJ (el artículo 43 de la LO 1/2004 introduce el artículo 87 bis LOPJ); se encuentran sometidos al régimen procesal ordinario, toda vez que la LO 1/2004 no prevé especialidad procedimental alguna; y su competencia se halla perfectamente delimitada. Véase CUADRADO SALINAS y FERNÁNDEZ LÓPEZ (2006, pp. 150-151); FUENTES SORIANO (2005); ASECIO MELLADO (2005, p. 6).

²⁷ Melero Bosch (2005, pp. 40-48) desarrolla estas tres críticas: sobrecarga funcional, mezcla de jurisdicciones y restricción por género.

²⁸ El CGPJ (2025) reveló en una encuesta entre titulares de juzgados con competencia en violencia sobre la mujer “carencias muy extendidas” e “importantes diferencias” entre territorios. La investigación empírica añade una carencia adicional crítica: la escasa coordinación entre los juzgados especializados y los servicios de apoyo, y los profesionales judiciales desconocen qué ocurre con las víctimas tras finalizar el proceso judicial. En este sentido, WERNER BOADA (2020) realizó un estudio etnográfico en Madrid entre 2015 y 2017, y su análisis documenta que, aunque la LO 1/2004 fue diseñada como ley integral que incluía medidas de protección, apoyo social y reintegración

3. LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

En 2025, la LOEP transformó los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en Secciones de los Tribunales de Instancia. Amplió las competencias de los anteriores juzgados y configuró las Secciones de Violencia sobre la Mujer con un doble ámbito de actuación. Por una parte, consolidó y amplió las competencias civiles y penales que ya tenían atribuidas los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ámbito que la ley configura como “violencia de género”. Además, les confirió competencias penales y civiles sobre lo que el nuevo tenor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) denomina “violencia sexual”: aquella que deriva de los delitos contra la libertad sexual, los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual cuando la persona ofendida por el delito sea mujer.

Esta ampliación de competencias tiene su origen en la disposición final vigésima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LO 10/2022) que obligaba al Gobierno remitir en el plazo de un año un proyecto de modificación de la LOPJ dirigido a establecer la especialización en violencia sexual de la Fiscalía y los jueces que sirvan en Juzgados de Violencia sobre la Mujer y, con este propósito, revisar las competencias de estos juzgados. La LOEP cumplió este mandato: amplió sus competencias para conocer de la instrucción de delitos relativos a violencia sexual, que comprende diferentes delitos, muy diferentes entre sí, que hacen referencia a la definición de violencia sexual que acoge la exposición de motivos de la LO 10/2022²⁹.

laboral más allá de las sanciones penales, en su implantación práctica la dimensión punitiva fue la más significativa. La autora concluye que “para decepción de muchas feministas, la dimensión punitiva de la intervención estatal terminó tomando el control en gran medida”.

²⁹ Que establece en su exposición de motivos “se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad (...) Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual”.

La exposición de motivos de la LO 10/2022 es heredera del compromiso político de la LO 1/2004, que declaraba en su primera frase que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado”. La LO 10/2022 lo expresa con igual claridad: “Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural [...]”. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado”. Este compromiso contra la impunidad es la necesidad que justifica la especialización judicial de las Secciones de Violencia sobre la Mujer. Ambas leyes, además, comparten apellido: “integral”. Conciben la respuesta a la violencia como un conjunto de medidas que abarcan ámbitos muy diferentes entre sí. La especialización judicial es, en ambas leyes, una pieza de ese conjunto integral, parte de un todo. En definitiva, estos nuevos órganos jurisdiccionales especializados son secciones “contra la impunidad de la violencia sobre las mujeres”. Sin embargo, ni la LO 10/2022 ni la LOEP, al igual que la LO 1/2004, desarrollan qué complejidades técnicas específicas plantean estos delitos de violencia sexual que requieran especialización judicial.

En definitiva, la creación de órganos jurisdiccionales especializados en materia de violencia sobre las mujeres encuentra acomodo sin dificultad en un ordenamiento jurídico que, como el español, ha apostado por la especialización judicial. Cabe preguntarse si es necesario un nivel tan alto de especialización judicial, pero esa cuestión excede el objeto de este trabajo. Más cuestionable es, en cambio, la fundamentación que el Poder Legislativo ofreció para ello: la lucha contra la impunidad de la violencia sobre las mujeres no puede constituir, por sí sola, razón suficiente para la creación de un órgano jurisdiccional especializado. Atiende a un objetivo político legítimo, pero resulta incompleta. Debería plantearse, al menos, cuatro cuestiones: si los delitos para cuya instrucción y enjuiciamiento son competentes las Secciones presentan dinámicas lo bastante homogéneas; qué particularidades ofrece su instrucción y enjuiciamiento frente a otros delitos; si existe una necesidad de mayor agilidad en su resolución; y de qué modo se implantarían, para no saturar estos órganos y ofrecer una respuesta eficaz a los justiciables. En cualquier caso, la protección de las víctimas y la lucha contra la impunidad pueden garantizarse también por otras vías sin alterar la estructura orgánica del Poder Judicial, como la especialización de los

equipos de apoyo a las víctimas o el refuerzo de medios en los tribunales que ya existen.

III. CONCURRENCIA DE LA SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER CON OTRAS SECCIONES DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA

La apuesta de la LOEP por la especialización judicial no se agota en las Secciones de Violencia sobre la Mujer. En el ámbito penal, la ley diseña varios órganos instructores especializados que pueden concurrir: las Secciones de Violencia sobre la Mujer y las Secciones de Violencia contra la Infancia y Adolescencia. Además de las Secciones de Instrucción y las Secciones Únicas, que tienen vocación general. Esta pluralidad de órganos obliga a plantearse qué ocurre cuando un mismo hecho delictivo afecta a víctimas de distinta naturaleza, o en supuestos de conexidad delictiva. El presente epígrafe aborda los cuestiones de competencia que esta concurrencia genera, tanto en el orden penal como en el civil, donde las Secciones de Violencia sobre la Mujer pueden también colisionar con las Secciones Civiles y las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad.

1. ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

1.1. La regla de prevalencia del artículo 89 bis.7 LOPJ y el alcance del término “mujer”

La concurrencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer con las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia es la que más cuestiones de competencia puede originar³⁰. Ambas secciones son órganos instructores y comparten el mismo criterio de especialización, la identidad de la víctima. Con base en la atribución de competencias que diseña la ley, pueden concurrir en la instrucción de procesos para exigir responsabilidad por delitos violentos, delitos contra las relaciones familiares, el delito de quebrantamiento de condena, delitos contra la libertad sexual y delitos de trata con fines de explotación sexual.

En cuanto a los delitos violentos, los delitos contra las relaciones familiares, y el delito de quebrantamiento de condena, la ley atribuye la competencia a las Secciones de Violencia sobre la Mujer de estos delitos en contextos

³⁰ Sobre la concurrencia de competencias entre la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia y otras secciones, véase PEITEADO MARISCAL (2025).

de violencia de género³¹. De forma alternativa, si la víctima es (i) una mujer ligada al agresor por una relación análoga a la matrimonial; o si la víctima es (ii) descendiente, menor o persona con discapacidad a cargo de la mujer ligada al agresor por una relación análoga a la matrimonial, siempre que también se haya producido un acto de violencia de género contra ella. A su vez, atribuye a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia competencia para instruir procesos por delitos violentos, delitos contra las relaciones familiares y el delito de quebrantamiento cometidos contra “niños, niñas y adolescentes”³².

Para la instrucción de procesos que exigen responsabilidad por delitos contra la libertad sexual y por delito de trata con fines de explotación sexual, la ley atribuye la competencia a las Secciones de Violencia sobre la Mujer si la víctima es mujer, sin necesidad de que haya ninguna relación entre agresor y víctima (art. 89.5.h LOPJ). Por otra parte, las Secciones de Violencia contra la Infancia y Adolescencia conocen en el orden penal de la instrucción de delitos contra la libertad sexual si la víctima es “niño, niña o adolescente” (art. 89 bis.5. b LOPJ) y del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal cuando “al menos una de las víctimas sea niño, niña o adolescente” (art. 89 bis.5. c LOPJ).

La ley adopta dos cautelas para evitar cuestiones de competencia. La primera, distingue entre “mujer”, “niña” y “adolescente” cuando atribuye competencias a ambas Secciones. Pero esta técnica legislativa es insuficiente: no queda claro si el término “mujer” comprende solo a las mayores de edad o también se refiere a las menores; tampoco se precisa el alcance de “adolescente”, si comprende solo a menores de edad o abarca también a adolescentes mayores de edad. La segunda cautela que adopta la LOEP es una regla de prevalencia: “en caso de que los hechos objeto de instrucción por la Sección de Violencia contra la Infancia y Adolescencia también pudieran ser conocidos por la Sección de Violencia sobre la Mujer, la competencia le corresponderá en todo caso a la última” (art. 89 bis.7 LOPJ). Esta regla tampoco clarifica el alcance del término “mujer” ni resuelve qué criterio pre-

³¹ El artículo 89.5 LOPJ, en sus letras a, b y g.

³² El artículo 89 bis.5 en las letras a, b y d LOPJ. El artículo 89 bis. 5.a LOPJ les atribuye competencia sobre los delitos de homicidio, aborto, lesiones y lesiones al feto que se cometen contra menores. El artículo 89 bis.5.b LOPJ amplía su competencia a los delitos contra la libertad, torturas y delitos contra la integridad moral, delitos contra la intimidad y la propia imagen, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos contra el honor, delitos contra las relaciones familiares, y cualquier otro delito que se comete con violencia o intimidación, cuando la víctima sea menor.

valece si ambas secciones concurren: género o edad. Si “mujer” incluye a menores, las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia verían reducidas sus competencias respecto de víctimas niñas y adolescentes. Si, por el contrario, solo comprende a mayores de edad, quedarían excluidas de la especialización en violencia de género las víctimas adolescentes que sufren violencia en relaciones análogas a las matrimoniales.

La interpretación y aplicación de esta regla de prevalencia genera posturas divergentes incluso dentro del propio CGPJ, que publicó en 2025 varias reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de Violencia sobre la Mujer. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante su sentencia núm. 44/2026, de 28 de enero, también se ha pronunciado sobre la concurrencia entre las Secciones de Violencia sobre la Mujer y las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia. Conviene distinguir dos ámbitos: los delitos cometidos en el marco de relaciones de violencia de género y los delitos contra la libertad sexual sin que medie necesariamente una relación de pareja.

1.1.1. Violencia de género

En cualquier caso, en el ámbito de la violencia de género, los supuestos de violencia vicaria no ofrecen dudas. La competencia que la ley atribuye a las Secciones de Violencia sobre la Mujer prevalece sobre la competencia general de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia. Esta opción es la más ajustada al tenor literal de la propia norma: hace referencia expresa a menores si se ha producido un acto previo de violencia de género. Respecto a las menores como víctimas directas de violencia de género, privar a las menores de edad de la tutela frente a la violencia de género, de la que no están exentas, sería discriminatorio. El CGPJ, por su parte, alcanzó consenso sobre la aplicación de la regla de prevalencia a los supuestos de tutela frente a la violencia de género, tanto si (i) la menor de edad es víctima directa o (ii) vicaria. El Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 44/2026, de 28 de enero, adopta este criterio también respecto a los delitos de violencia sexual: si la víctima es menor de edad y el autor de los hechos es su pareja, siempre que sea mayor de edad, la competencia es de la Sección de Violencia sobre la Mujer³³.

³³ En el Fundamento octavo, *in fine*, señala el tribunal que “si se tratara de menores y el delito lo ha cometido su pareja mayor de edad la competencia es de la sección de violencia sobre la mujer. Y el apartado 7º del art. 89 bis LOPJ añade que “En caso de que los hechos objeto de instrucción por la Sección de Violencia contra la Infancia

Es decir, es competente la Sección de Violencia sobre la Mujer, por ejemplo, en este supuesto de violencia vicaria: Marta y José llevan casados diez años y tienen dos hijos de seis y dos años. Desde hace dos años, José ejerce violencia psicológica continuada sobre Marta y, tras una discusión, ella interpone denuncia por maltrato habitual del artículo 173.2 CP y amenazas del artículo 171.4 CP. Un día a la salida del colegio, José recoge a sus hijos sin avisar a Marta, conduce hasta una finca familiar donde, tras sedarlos con medicación que había conseguido días antes, ahoga a los menores y quema sus cuerpos ya sin vida. También es competente la Sección de Violencia sobre la Mujer si la menor es la víctima directa de violencia de género: Adrián, de diecinueve años, mantuvo una relación de pareja con Carmen, de dieciséis, durante un año y siete meses. A los pocos meses de comenzar su relación, Adrián le prohibía salir con sus amigas, y la amenazaba. Además, le propinó bofetadas, puñetazos y patadas en, al menos, tres discusiones y la agredió sexualmente en dos ocasiones mediante violencia e intimidación, a pesar de la negativa expresa de ella. En una de las agresiones sexuales, Carmen estaba embarazada y días después sufrió un aborto.

Ahora bien, el CGPJ puntualiza que “habrá que tener en cuenta la edad de aquella a efectos de determinar si cuenta con madurez suficiente para que pueda considerarse dicha relación análoga a la matrimonial”³⁴. Es decir, el CGPJ deja abierta la posibilidad de que, en casos de menores de muy corta edad o sin madurez suficiente, la competencia pueda recaer en la Sección de Violencia contra la Infancia y Adolescencia. A pesar de este criterio, lo más acertado es rechazar criterios restrictivos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género por carecer de proyecto de vida en común con su pareja, por convivir con sus progenitores todavía y depender económicamente de ellos, por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. En

y Adolescencia también pudieran ser conocidos por la Sección de Violencia sobre la Mujer, la competencia le corresponderá en todo caso a la última. Por ello, si el delito se comete, además de sobre el menor, sobre la madre del menor la competencia es de las secciones de violencia sobre la mujer. La importancia de esta cuestión ha dado lugar a una unificación de criterios entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y esta Sala por conducto de la Presidencia en la que se ha adoptado, asimismo, este criterio en favor de la competencia de las secciones de violencia contra la infancia y adolescencia, y donde no existan estos alas secciones de instrucción, de las agresiones sexuales a niños, niñas y adolescentes”.

³⁴ El CGPJ en respuesta a la pregunta “6. ¿A qué Sección corresponde la competencia objetiva para la instrucción de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual cuando la víctima sea niña o adolescente y exista o haya existido relación sentimental con el agresor? Artículos 89.5 y 89 bis 7 de la LOPJ.”Cfr. CGPJ, *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer* (2025), pp. 5-6.

estas relaciones adolescentes también suceden conductas típicas de violencia de género³⁵.

El CGPJ también matiza la regla de prevalencia en lo relativo a los delitos contra las relaciones familiares³⁶. Ante las posibles cuestiones de competencia, los criterios del Grupo de Expertas y Expertos del CGPJ de octubre de 2025 distinguen tres supuestos de competencia en el delito de impago de pensiones (art. 227 CP) cuando se produce de forma aislada, sin ir acompañado de ningún otro delito relativo a violencia de género contra la madre (art. 89.5.a LOPJ). Si la pensión impagada es la de alimentos a favor de los hijos menores, la competencia para instruir corresponde a la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia (art. 89 bis.5.b LOPJ). El CGPJ fundamenta esta conclusión en que la ley, cuando atribuye competencias a esta sección no exige como requisito que se haya producido un acto previo de violencia de género, es suficiente que la víctima sea menor de edad³⁷. Esta interpretación se basa, además, en que el bien jurídico que protege el impago de pensiones es el derecho de asistencia económica de los miembros de la unidad familiar. Se deduce también de este criterio que si el delito se comete contra menores cuando ha habido un acto previo de violencia de género contra la madre, la competencia correspondería a la Sección de Violencia sobre la Mujer, por considerarse violencia vicaria. En el segundo supuesto, si la pensión impagada es la compensatoria que se establece a favor de la mujer, la competencia corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer (art. 89.5.b LOPJ). El último supuesto que identifica el CGPJ es si la víctima denuncia de forma conjunta el impago de la pensión compensatoria y de la pensión de alimentos. El CGPJ considera que conocerá la Sección de Violencia sobre la Mujer por aplicación de la regla de prevalencia. El CGPJ solo aborda expresamente el delito de impago de

³⁵ Para determinar la existencia de una relación análoga a la matrimonial, la jurisprudencia considera criterios orientativos como la estabilidad, la propia percepción de la víctima y el acusado, la fidelidad o la existencia de relaciones sexuales, si bien debe analizarse cada caso concreto. En este sentido, resulta relevante la Circular 6/2011 sobre Criterios para la Unidad de Actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la Violencia sobre la Mujer, que mantiene un criterio extensivo.

³⁶ El CGPJ en respuesta a la pregunta “3. Teniendo en cuenta los requisitos contemplados en el artículo 89.7 de la LOPJ, ¿en qué casos son competentes las Secciones de Violencia sobre la Mujer para conocer de los procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil (CC) ex artículo 89.6, letra k), de la LOPJ?” Cfr. CGPJ, *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer* (2025), p. 13.

³⁷ El artículo 89 bis.5.b LOPJ, a diferencia del artículo 89.5.b LOPJ.

pensiones, pero, en principio, también puede operar este mismo criterio respecto de otros delitos contra las relaciones familiares que el Título XII del Código Penal recoge, como la sustracción de menores (art. 225 bis CP), el abandono de familia (arts. 226 y 229-230 CP), o la utilización de menores para mendicidad (art. 232 CP).

1.1.2. Violencia sexual

Respecto a la violencia sexual, el Grupo de Expertas y Expertos del CGPJ mantiene dos posturas sobre la regla de prevalencia³⁸. La minoritaria sostiene una interpretación amplia de “mujer” que engloba a mayores y menores de edad: considera competente la Sección de Violencia sobre la Mujer si los hechos pudieran ser conocidos por ambas secciones.

La postura mayoritaria, en cambio, considera que incluir a las menores de edad en el término “mujer” no es adecuado, con base en tres argumentos principales: primero, argumentan que perjudicaría a la víctima niña frente a la víctima niño al privarle de unos medios adaptados a su situación que, en teoría, tienen las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia; segundo, sostienen que una aplicación extensiva del término “mujer” vaciaría de contenido las competencias que la ley atribuye a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia; y tercero, si la LOEP hubiera querido atribuir esa competencia a las Secciones de Violencia sobre la Mujer, hubiera mencionado expresamente “mujeres y niñas”, como las normas internacionales. Se refieren al Convenio de Estambul, del que España es signataria desde 2014. Su artículo 3.f puntualiza que “el término mujer incluye a las niñas menores de 18 años”.

Estos tres argumentos son discutibles. El primer argumento, el del perjuicio a la víctima niña, es relativo por dos razones. En primer lugar, la violencia sexual afecta principalmente a mujeres, mayores y menores de edad, como víctimas. Este es el rasgo distintivo de la criminalidad sexual. No es descabellado, por tanto, que conocieran las Secciones de Violencia sobre

³⁸ Es una reflexión que realizan con oportunidad de una pregunta sobre los delitos de trata: “3. ¿Qué Sección es la competente para conocer de los delitos conexos a los delitos de trata con fines de explotación sexual y delitos de prostitución cuando la persona ofendida por el delito sea mujer (causas con víctimas hombres/mujeres/niños, niñas o adolescentes; trata con fines de explotación sexual y además a), c) y d) del artículo 177 bis del CP con múltiples víctimas mujeres, hombres, niños, niñas y adolescentes)?” Cfr. CGPJ, *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer* (2025), pp. 4-8.

la Mujer, órganos instructores especializados en violencia contra las mujeres. En segundo lugar, desde un punto de vista práctico, solo existen tres Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en el territorio español. Es decir, solo el 0,70% de los Tribunales de Instancia poseen esta sección especializada. Un criterio restrictivo puede dar lugar a que en el 99,30% restante de los partidos judiciales conozca la Sección de Instrucción, no especializada, y no la Sección de Violencia sobre la Mujer. Si la ley apuesta por la especialización, este criterio resulta contradictorio.

Respecto al segundo argumento, relativo al vaciamiento de competencias, las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia seguirían siendo competentes para el resto de los delitos violentos sobre los que tienen atribuida competencia respecto de niños, niñas y adolescentes, y en el ámbito de la violencia sexual respecto de varones menores de edad. Estos órganos no son “Secciones contra la Violencia Sexual perpetrada contra la Infancia y la Adolescencia”, sino “Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia” en general. En cuanto al tercer argumento, sobre el Convenio de Estambul, puede argumentarse lo contrario también. Si se quisiera interpretar la LOEP de forma acorde con este Convenio, es posible defender que el término “mujer” abarque tanto a mayores como a menores de edad, porque así lo hace el propio Convenio en su artículo 3.f.

No obstante, pese a la debilidad de los argumentos de la postura mayoritaria del CGPJ, la conclusión es acertada, aunque por una razón diferente. La técnica legislativa empleada por la LOEP, si bien mejorable, distingue entre “mujer”, “niña” y “adolescente”³⁹. Los términos “niña” y “adolescente” son más específicos que “mujer” y responden a un criterio de especialización por edad de la víctima. Por tanto, en casos de violencia sexual sin que medie violencia de género, cuando concurren la Sección de Violencia sobre la Mujer y la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, la competencia debe corresponder a esta última por razón de especialidad. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 44/2026, de 28 de enero: la competencia pertenece a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia por atribución legal expresa del artículo 89 bis 5 b) de la LOPJ, y donde estas secciones no estén

³⁹ La técnica legislativa es muy pobre, hubiera sido más preciso incluir un apartado de definiciones en la que se matizará cuál es el alcance de estos términos, o bien, emplear otra terminología menos ambigua, por ejemplo: mujer mayor de edad y mujer menor de edad. De igual forma que se podrían haber empleado otros nombres para las secciones. A título ilustrativo, en vez de sección de violencia contra la infancia y de la adolescencia, nombrar estos órganos como “Secciones de Menores de Edad Víctimas de Delitos”.

constituidas, la instrucción corresponde a la Sección de Instrucción, no a la Sección de Violencia sobre la Mujer. Con la salvedad de que el autor de los hechos sea la pareja o expareja de la víctima menor, supuesto en el que la Sala Segunda determina que la competencia sí corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer. El Tribunal Supremo interpreta, por tanto, que el término “mujer”, siempre que no concurra violencia de género, comprende a las mayores de edad, al menos en cuanto a la instrucción de delitos contra la libertad sexual.

Pero es necesario tener presente la realidad: solo existen tres Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en España. En consecuencia, cuando en un partido judicial no exista Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia y concurren la Sección de Violencia sobre la Mujer con la Sección de Instrucción, lo más acertado es que la competencia corresponda a la Sección de Violencia sobre la Mujer y no a la Sección de Instrucción. Optar por la Sección de Violencia sobre la Mujer, en defecto de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia resulta coherente con la apuesta de la LOEP por la especialización: es preferible una sección especializada a una genérica.

1.2. Conexidad delictiva y pluralidad de víctimas

La apuesta por la especialización judicial de órganos instructores de la LOEP, además de las anteriores cuestiones de competencia abordados, genera dos problemas principales: cuestiones de competencia cuando un mismo hecho delictivo afecta a varias víctimas de distinta naturaleza, y la determinación del órgano competente en los supuestos de conexión delictiva.

En cualquier caso, debe recordarse que la conexidad no implica automáticamente que un tribunal conozca de ambos delitos en el mismo proceso. Según el artículo 17.1 LECrim, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa si el órgano jurisdiccional competente considera que “la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes”. A tal efecto, la LECrim prevé en su artículo 17 bis que la competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que sean cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución (art. 17 3º LECrim); o para procurar la impunidad de otros delitos (art. 17 4º LECrim). Además, la regla de prevalencia del artículo 89 bis 7 LOPJ establece que “en caso de que los hechos objeto de instrucción por

la Sección de Violencia contra la Infancia y Adolescencia también pudieran ser conocidos por la Sección de Violencia sobre la Mujer, la competencia le corresponderá en todo caso a la última”.

Con base en la atribución competencial que realiza la ley a la Sección de Violencia sobre la Mujer y a la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia se pueden dar varias situaciones en caso de delitos conexos y pluralidad de víctimas. En los supuestos de violencia vicaria, la competencia corresponde inequívocamente a la Sección de Violencia sobre la Mujer: la ley considera víctimas de violencia de género tanto a la mujer como a sus descendientes y a los menores a su cargo (arts. 89.5.a y b LOPJ).

Ejemplo: si un agresor maltrata a su pareja y también agrede a los hijos de ambos para causarle daño a ella. Del mismo modo, cuando la víctima directa de violencia de género es una menor que mantiene una relación análoga a la matrimonial, y existen otras víctimas que son descendientes suyos o menores a su cargo, la competencia también corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer. Así ocurriría si una adolescente de diecisiete años que tiene un bebé de cuatro meses sufre malos tratos por parte de su pareja mayor de edad, quien además agrede al hijo común de ambos.

Fuera del ámbito de la tutela de la violencia de género, en los delitos contra la libertad sexual, así como los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado o acoso con connotación sexual, las secciones concurren si hay víctimas de distinto sexo o edad porque las competencias de ambas se solapan: el artículo 89.5.h LOPJ atribuye su instrucción a las Secciones de Violencia sobre la Mujer si la víctima es mujer, y el artículo 89 bis.5.b LOPJ a las Secciones de Violencia contra la Infancia y Adolescencia si la víctima es menor de edad. Si concurren los requisitos de conexidad del artículo 17 bis LECrim, la competencia correspondería a la Sección de Violencia sobre la Mujer.

Los delitos de trata presentan una especial complejidad porque la Sección de Violencia sobre la Mujer solo tiene atribuida la instrucción de los delitos de trata con fines de explotación sexual si la víctima es mujer (art. 89.5.h LOPJ) pero no de la trata con otros fines como la explotación laboral o la mendicidad. Por su parte, la ley establece que la Sección de Violencia contra la Infancia y Adolescencia instruirá el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP cuando “al menos” una de las víctimas sea menor de edad, sin distinguir entre la trata con fines de explotación sexual y la trata con otros fines (art. 89 bis.5.c LOPJ). Una regla contradictoria con el artículo 17 bis LECrim, que establece de forma clara que la competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer “se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga

su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley.” Esta configuración legal complica la determinación del órgano instructor competente si el delito de trata con fines de explotación sexual presenta conexidad con delitos de trata que persiguen finalidades diversas y, además, hay víctimas de distinta condición, mujeres adultas, niñas y adolescentes, cuya protección corresponde a secciones especializadas diferentes.

El CGPJ mantiene dos posturas sobre la instrucción de procesos por estos delitos. La minoritaria considera que las Secciones de Violencia sobre la Mujer atraen la competencia si existen múltiples víctimas (mujeres, hombres, niñas, niños y adolescentes), en aplicación del artículo 17 bis LECrim y de la regla de prevalencia del artículo 89 bis.7 LOPJ. Por tanto, si concurren los requisitos que exige el artículo 17 bis LECrim y resulta conveniente instruir de forma conjunta los delitos, la Sección de Violencia sobre la Mujer extenderá su competencia a todos los delitos conexos, con independencia del sexo o la edad de las víctimas.

Ejemplo: una organización criminal capta en Marruecos a siete personas en situación de extrema pobreza con la promesa de trabajo legal en la campaña de la fresa en Huelva. Una vez en allí la organización les indica que trabajarán hasta que paguen la deuda de diez mil euros por persona que han adquirido por el viaje, alojamiento y otros gastos. De las siete personas, tres mujeres de dieciocho, veinte y veintitrés años y dos mujeres menores de diecisiete años son forzadas a prostituirse en un piso de Palos de la Frontera en condiciones de explotación de jueves a domingo. El resto de la semana realizan jornadas de seis horas en los campos de fresas junto a las otras dos personas captadas, dos hombres mayores de edad, de diecinueve y veinte años. En uno de los trayectos del piso a los campos de fresas, una de las mujeres intenta escapar, y un miembro de la organización le causa lesiones graves para evitar que denuncie y encubrir así el delito de trata. En este ejemplo, la posición minoritaria del CGPJ sostendría que, en aplicación de la conexidad del artículo 17. 4º LECrim, el artículo 17 bis LECrim y el artículo 89 bis.7 LOPJ, la Sección de Violencia sobre la Mujer instruiría en un mismo proceso tanto los delitos de trata respecto de todas las víctimas, con independencia del tipo de explotación sufrida y del sexo o edad, como el delito de lesiones conexo.

La postura mayoritaria, en cambio, considera que la Sección de Violencia sobre la Mujer solo debe extender su competencia a delitos conexos si la víctima es una mujer mayor de edad y concurren los requisitos del artículo 17 bis LECrim. Fuera de estos casos, debe dividirse la continencia de la causa. Esta postura distingue dos supuestos: pluralidad de víctimas mayores de edad y pluralidad de víctimas con al menos una menor de edad. En cuanto a este último supuesto, si entre las víctimas hay al menos un menor de edad, sea de sexo femenino o masculino, esta postura considera que, en virtud del artículo 89 bis.5.c LOPJ, la Sección de Violencia contra la Infancia

y la Adolescencia atrae la competencia para instruir todos los delitos de trata, incluidos los cometidos contra las víctimas mujeres adultas y contra los varones adultos en un mismo proceso. En este caso, no se divide la continencia de la causa.

En el ejemplo anterior de los campos de fresa de Huelva, la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia investigaría todos los delitos en un mismo proceso: tanto los delitos de trata respecto de todas las víctimas como el delito de lesiones conexo, porque dos víctimas son menores, tienen diecisiete años.

La postura mayoritaria fundamenta esta interpretación restrictiva en que la LOEP atribuye competencia a las Secciones de Violencia sobre la Mujer al considerar estos delitos como manifestaciones específicas de violencia contra la mujer mayor de edad. Extender automáticamente su competencia a todos los supuestos de trata simplemente porque entre las víctimas haya una mujer adulta contradiría la finalidad de la reforma. El CGPJ considera que no se trata de una laguna legal, sino de una opción expresa del legislador que se corresponde con las previsiones de la LO 10/2022 y del Convenio de Estambul. Además, se basa en diferente normativa internacional que regula la necesidad de que los estados tengan en cuenta las necesidades de los menores de edad. En concreto se basan en la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño y la Garantía Infantil Europea.

En el segundo supuesto, si existe pluralidad de víctimas, varones y mujeres mayores de edad, la postura mayoritaria del CGPJ sostiene que debe dividirse la continencia de la causa. La Sección de Violencia sobre la Mujer solo podrá extender su competencia a los delitos conexos cometidos contra las propias mujeres víctimas del delito de trata con fines de explotación sexual si dichos delitos se perpetren como medio para facilitar la trata o procurar su impunidad (artículo 17 bis LECrim).

Así, retomamos el ejemplo anterior de la red criminal en los campos de fresa de Huelva, pero sin víctimas menores de edad: solo las tres mujeres de dieciocho, veinte y veintitrés años y los dos hombres de diecinueve y veinte años. Según esta postura mayoritaria, la Sección de Violencia sobre la Mujer instruiría los hechos relativos a la trata con fines de explotación sexual de las tres mujeres y el delito de lesiones graves contra la mujer que intentó escapar; y la Sección de Instrucción instruiría los hechos relativos a la trata con fines de explotación laboral de los dos varones. La postura mayoritaria del CGPJ se fundamenta en la práctica anterior de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: si cometía un delito contra un varón (por ejemplo, un atentado contra la autoridad cuando acuden los agentes al domicilio), se dividía la continencia de la causa y de este delito no conocía el Juzgado de Violencia sobre la Mujer sino un Juzgado de Instrucción.

En definitiva, la postura mayoritaria resulta acertada cuando entre las víctimas existe al menos un menor de edad. El tenor literal del artículo 89 bis.5.c LOPJ es inequívoco: la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia instruirá el delito de trata “cuando al menos una de las víctimas sea niño, niña o adolescente”, sin distinguir entre tipos de explotación ni sexo de las víctimas. Esta redacción expresa una voluntad clara de la ley de priorizar la especialización por edad cuando hay menores involucrados. Atribuir la competencia a la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia permite una instrucción especializada que atiende las necesidades específicas de los menores. Sin embargo, la solución de la postura mayoritaria cuando solo hay víctimas adultas resulta problemática. Dividir la continencia de la causa es ineficiente: dos secciones distintas instruyen los mismos hechos de forma paralela, con duplicidad de diligencias, multiplicación de recursos y el riesgo de resoluciones contradictorias sobre unos mismos hechos. En estos casos, sería más adecuado que la Sección de Violencia sobre la Mujer atrajera la competencia de todos los delitos conexos en aplicación del artículo 17 bis LECrim, para evitar duplicidades innecesarias y resoluciones contradictorias.

2. ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Las Secciones de Violencia sobre la Mujer también pueden concurrir con las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad en el orden jurisdiccional civil. Las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad tienen competencia general en estas materias, y las Secciones de Violencia sobre la Mujer tienen competencia exclusiva y excluyente cuando concurren simultáneamente los requisitos del artículo 89.6 LOPJ: primero, que se trate de un proceso civil cuyo objeto sea una de las materias que la ley atribuye a estas secciones; segundo, que alguna de las partes sea víctima de violencia de género o violencia sexual; tercero, que otra parte sea el investigado o acusado por estos actos; y cuarto, que se hayan iniciado actuaciones penales o se haya adoptado una orden de protección.

El CGPJ ha precisado que la remisión del artículo 89.7.b LOPJ a las letras a y h del apartado 5 tiene carácter restrictivo⁴⁰. Las Secciones de Violencia

⁴⁰ Es una reflexión que realizan con oportunidad de la pregunta “2. Dada la remisión que, a efectos de determinar la competencia civil, realiza el artículo 89.7 de la LOPJ, en su letra b), a las letras a) y h) del apartado 5 exclusivamente de dicho precepto, ¿son competentes las Secciones de Violencia sobre la Mujer para conocer del procedimiento civil en los casos en que la causa penal se siga únicamente por un delito contra las rela-

sobre la Mujer carecen de competencia civil cuando el proceso penal solo exige responsabilidad por delitos contra las relaciones familiares (art. 89.5.b LOPJ) o por delitos de quebrantamiento (art. 89.5.g LOPJ) porque estos delitos no están contemplados en las letras a ni h del apartado 5 a las que remite el artículo 89.7.b LOPJ. La competencia civil requiere que alguna de las partes sea víctima de actos de violencia de género (art. 89.5.a LOPJ) o de violencia sexual (art. 89.5.h LOPJ). Si el único proceso penal en curso es por delitos contra las relaciones familiares o por quebrantamiento de condena la competencia civil corresponderá a las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad.

Ejemplo: Marcos no devuelve a su hija de cuatro años, Lucía, después del régimen de visitas acordado en sentencia. Se inicia un proceso penal por delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP. Después la madre interpone demanda civil de modificación de medidas y solicita la suspensión de las visitas. La competencia sobre el proceso civil no corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer sino a la Sección de Familia, Infancia y Capacidad. Aunque existe un proceso penal en curso, el delito investigado no es de los contemplados en las letras a ni h del apartado 5 a las que remite el artículo 89.7.b LOPJ.

El CGPJ ha abordado, además, las cuestiones de competencia que pueden surgir en relación con el artículo 160 del Código Civil, que regula el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus abuelos, hermanos y otros parientes y allegados⁴¹. Considera, de forma unánime, que la Sección de Violencia sobre la Mujer conocerá solo si una de las partes aparece como víctima en el proceso penal y la otra como investigada. Por tanto, se excluyen del conocimiento de estas secciones las demandas que ejercitan los abuelos, demás familiares o allegados frente a los progenitores.

Ejemplo: Carlos y Laura son pareja y viven juntos desde hace un par de años, se casaron pocos meses después al descubrir que Laura estaba embarazada. Desde que Laura se reincorporó al trabajo, Carlos ha revisado su móvil varias veces: sospechaba que ella tenía una relación extramatrimonial con un compañero de trabajo. La última vez, leyó un chat con su exnovio y descubrió que Laura había quedado dos veces con él, una de ellas había llevado a su hijo, Mateo, para que lo conociera. Días después, Carlos le recriminó

ciones familiares? ¿Y en los supuestos en que aquella se siga únicamente por un delito de quebrantamiento?” CGPJ, *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer* (2025), pp.12-13.

⁴¹ Es una reflexión que realizan con oportunidad de una pregunta: “3. Teniendo en cuenta los requisitos contemplados en el artículo 89.7 de la LOPJ, ¿en qué casos son competentes las Secciones de Violencia sobre la Mujer para conocer de los procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil (CC) ex artículo 89.6, letra k), de la LOPJ?” Cfr. CGPJ, *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer* (2025), p. 13.

esta conducta pero ella lo desmintió. Acto seguido, Carlos le arrebató el teléfono móvil de las manos y, al comprobar que Laura había cambiado las claves de acceso, se lo tiró con fuerza a la cara. Le rompió dos piezas dentales. Laura acudió al hospital con su hijo cuando Carlos se fue a trabajar. Desde allí avisó a su madre y denunció los hechos en la comisaría más cercana a su casa. Es competente la Sección de Violencia sobre la Mujer. El juez competente acordó una orden de alejamiento y Carlos se trasladó a la casa de sus padres. Hasta entonces, todos los domingos iban a su casa a comer. Los abuelos paternos contactan con Laura varias veces para ir a su casa y visitar a Mateo. Laura se opone siempre. Los abuelos paternos interponen una demanda del artículo 160 CC solicitando un régimen de relaciones con sus nietos. En este caso, la Sección de Violencia sobre la Mujer no es competente para conocer de la demanda de relaciones de los abuelos. Por tanto, conocerá la Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia.

Sin embargo, el CGPJ establece que la Sección de Violencia sobre la Mujer sí es competente en dos supuestos excepcionales. El primero se produce cuando la víctima ha fallecido y la Sección de Violencia sobre la Mujer está instruyendo el proceso penal o existe causa penal en trámite porque aún no se ha extinguido la responsabilidad penal del investigado.

Siguiendo con el supuesto anterior, ante la negativa de Laura a que los abuelos paternos vean a Mateo, Carlos quebranta la orden de alejamiento, accede a la vivienda y le asesta varias puñaladas a Laura, causándole la muerte. Mateo queda bajo la custodia provisional de los abuelos maternos. Tres semanas después de los hechos, los abuelos paternos presentan una demanda del artículo 160 CC solicitando un régimen de relaciones con su nieto. En este supuesto sí es competente la Sección de Violencia sobre la Mujer, porque la víctima ha fallecido y existe causa penal en trámite ante esta Sección.

El segundo supuesto se refiere a los casos en que quien ejercita la pretensión del artículo 160 CC ha sido privado de la patria potestad y hay causa penal en trámite ante la Sección por acto de violencia de género. En ambos supuestos, el CGPJ considera que las partes sí se encontrarían en una situación de confrontación que justifica la atribución del conocimiento del litigio a la Sección de Violencia sobre la Mujer. Es posible deducir que el CGPJ hace esta interpretación porque el proceso penal sigue sin resolverse, y bajo esta lógica, existe contradicción.

Con base en el primer supuesto de ejemplo, Carlos quebranta la orden de alejamiento, accede a la vivienda y apuñala a Laura causándole lesiones graves que no resultan mortales, todo ello delante de su hijo Mateo. Para que el niño deje de llorar, Carlos le abofetea con fuerza, y Mateo, aturdido, se cae al suelo y se fractura la mandíbula inferior. Después de estos hechos, Carlos es investigado por un delito de lesiones del artículo 148 CP y un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP ante la Sección de Violencia sobre la Mujer. Como consecuencia de los hechos Carlos es privado de la patria potestad sobre Mateo. Posteriormente, Carlos presenta una demanda del artículo 160 CC solicitando un régimen de visitas con su hijo. En este supuesto también es competente la Sección de Violencia sobre la Mujer, porque quien ejercita la pretensión (Carlos) ha

sido privado de la patria potestad y hay causa penal en trámite ante la Sección por actos de violencia de género.

IV. ÁMBITO Y COMPETENCIA TERRITORIAL DE LAS SECCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

1. COMPETENCIA TERRITORIAL

La LOEP mantiene para las Secciones de Violencia sobre la Mujer el criterio que la LO 1/2004 estableció para la competencia territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. El artículo 15 bis LECrim determina que la competencia corresponde al lugar del domicilio de la víctima, no al lugar de comisión del delito⁴². Este criterio constituye una excepción al artículo 14.2 LECrim, que atribuye la competencia a la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia del partido en que el delito se hubiere cometido. El criterio del domicilio de la víctima afecta también al órgano de enjuiciamiento: la competencia de la Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia o de la Audiencia Provincial se determina también por el lugar de residencia de la víctima, no por el lugar de comisión del delito.

Las nuevas competencias que la LOEP atribuye a las Secciones de Violencia sobre la Mujer en materia de violencia sexual se rigen también por este criterio. Esto se aprecia, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual. Antes de la LOEP, la instrucción correspondía al Juzgado de Instrucción del lugar de comisión de los hechos y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de esa circunscripción. Tras la reforma, si la víctima es mujer, la instrucción corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer del lugar del domicilio de la víctima y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de esa misma circunscripción.

Ejemplo: bajo el régimen anterior a la LOEP en el caso de una agresión sexual durante las fiestas de San Fermín en Pamplona, en el que el investigado tiene su domicilio en Málaga y la víctima en Madrid, la instrucción correspondería a un Juzgado de Instrucción de Pamplona y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Navarra. Si estos mismos hechos ocurrieran tras la entrada en vigor de la LOEP, la instrucción correspondería a la Sección de Violencia sobre la Mujer de Madrid y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid.

⁴² No obstante, el juez del lugar donde se cometieron los hechos conserva competencia para adoptar la orden de protección o las medidas urgentes del artículo 13 LECrim.

Este criterio prioriza la protección y el acceso a recursos de apoyo de las víctimas en su entorno habitual, evitando desplazamientos que pueden revictimizar. Si bien es cierto que la instrucción en el domicilio de la víctima puede alejar la investigación del lugar de comisión de los hechos. La atribución de competencias a las Secciones de Violencia sobre la Mujer sobre violencia sexual plantea también cuestiones de competencia territorial. El CGPJ ha abordado tres supuestos específicos: los delitos de trata cuando la víctima se encuentra en tránsito hacia España, las organizaciones criminales con múltiples centros de actuación y numerosas víctimas, y los matrimonios forzados celebrados fuera de España.

En el primer supuesto, los delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual presentan problemas de competencia territorial cuando la víctima se encuentra en tránsito hacia España y no tiene aún domicilio en España⁴³. La postura mayoritaria del CGPJ sostiene que la competencia corresponde a la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia si el delito se comete fuera de España y en tránsito, sin que la víctima tenga domicilio en España, con fundamento en el artículo 65.e LOPJ. El CGPJ se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los delitos tipificados conforme al Convenio de Estambul, que incluyen la trata con fines de explotación sexual si la víctima es mujer. Consideran que si la víctima está en tránsito y no tiene domicilio en España, la competencia corresponde a la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia, en virtud de los artículos 23 y 65 LOPJ, para conocer de los delitos cometidos en el extranjero sometidos a la jurisdicción española.

Ejemplo: una organización criminal nigeriana con estructura orbital, es decir, con un líder central en Nigeria con coordinadores en cada país que, a su vez, dirigen miembros especializados, como captadores o transportistas, capta a seis mujeres nigerianas de entre dieciocho y veinticuatro años. No tienen recursos y les ofrecen trabajo como empleadas de hogar en España con retribución por debajo de salario mínimo interprofesional. Las víctimas contraen una deuda de diez mil euros cada una por gestión del viaje y documentación. La red las traslada por tierra desde Nigeria hasta Níger, después a Libia, donde permanecen tres semanas retenidas en Trípoli y obligadas a prostituirse para pagar gastos adicionales del tránsito. Desde allí cruzan en patera a Lampedusa, en Italia. La red tiene contactos en Italia que las trasladan por carretera hasta Barcelona.

⁴³ La pregunta que responde el CGPJ es “4. En los delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, cuando la víctima se encuentra en el tránsito hacia España por parte de la red de trata y no tiene aún domicilio en España, conforme al artículo 23.4 m) de la LOPJ, ¿son competentes los tribunales españoles? ¿Sería competencia de la Audiencia Nacional ex artículo 65 e) de la LOPJ?” Cfr. CGPJ, *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer* (2025), p. 9.

Europol detecta la actividad de la red gracias a la policía italiana y la Policía Nacional española monta un dispositivo en la frontera de La Junquera. Las intercepta cuando entran en España en un vehículo con matrícula rumana. En el momento de la intervención policial, las seis mujeres declaran haber sido captadas con engaño en Nigeria, retenidas y explotadas sexualmente en Libia durante el tránsito, pero ninguna tiene aún domicilio ni residencia en España. En este supuesto, la competencia pertenece a la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia (artículo 65.e LOPJ), porque el delito de trata se ejecuta principalmente fuera de España durante el tránsito (Nigeria, Níger, Libia, Italia), las víctimas carecen de domicilio en España en el momento de la intervención policial, la organización tiene carácter transnacional.

Por otra parte, las organizaciones criminales que cometen delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y delitos en materia de prostitución plantean problemas competenciales si operan en varios centros y afectan a numerosas víctimas con distintos domicilios. El CGPJ considera que el conocimiento corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer del tribunal de instancia del domicilio de cada víctima, por aplicación del artículo 15 bis LECrim, que regula la competencia territorial de estos órganos. Sin embargo, si hay varias víctimas con domicilios en partidos judiciales distintos y concurre alguno de los supuestos de conexidad del artículo 17 bis LECrim, se aplica el criterio jurisprudencial relativo a la dualidad de domicilios. En estos casos, conoce la Sección de Violencia sobre la Mujer que hubiera comenzado la instrucción.

Ejemplo: una organización criminal dedicada a la explotación sexual de mujeres colombianas operaba en Valencia, Alicante, Castellón, Barcelona, Málaga, Murcia y Tarragona. La Guardia Civil y la Policía Nacional liberaron a ciento sesenta y dos víctimas y detuvieron a treinta y siete personas tras registrar treinta y nueve inmuebles en siete provincias. La investigación se inició en Valencia tras la denuncia de tres víctimas que declararon haber sido explotadas sexualmente en diferentes localidades españolas. La organización estaba asentada principalmente en las tres provincias de la Comunidad Valenciana, aunque se había expandido a Barcelona, Málaga, Murcia y Tarragona. Las víctimas, captadas en España o en sus países de origen, tenían domicilios en distintas provincias donde eran explotadas. La competencia en este supuesto correspondería a la Sección de Violencia sobre la Mujer del tribunal de instancia de Valencia, donde se inició la investigación.

Por último, el CGPJ se pronuncia sobre los matrimonios forzados celebrados fuera de España⁴⁴. El delito de matrimonio forzado del artículo 172

⁴⁴ La pregunta que responde el CGPJ es “7. En el caso de matrimonios forzados, ¿en qué momento se determina la competencia a favor de las Secciones de Violencia sobre la Mujer? Si la víctima se traslada a otro país para contraer matrimonio y el mismo acaba celebrándose, ¿es competencia de los tribunales españoles? Y, en su caso, ¿sería competencia de la Audiencia Nacional ex artículo 65 e) de la LOPJ?” Cfr. CGPJ, *Reflexiones*

bis.1 CP es un delito de resultado que se consuma con la celebración efectiva de la unión impuesta y admite la tentativa. El CGPJ considera que la competencia de la Sección de Violencia sobre la Mujer se determina desde el momento en que se inicia la ejecución del hecho mediante actos tendentes a obligar a la víctima, con violencia o intimidación, a contraer matrimonio en contra de su voluntad. La competencia surge aunque no se produzca la consumación con la celebración del matrimonio. Si el matrimonio finalmente se celebra fuera de España, la determinación de la competencia requiere acudir a la norma especial del artículo 23.4 LOPJ, porque se trata de un delito de violencia sobre la mujer tipificado en el Convenio de Estambul. Será competente la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia cuando la víctima no tenga residencia habitual ni domicilio en España. En los demás casos, será competente la Sección de Violencia sobre la Mujer, lo que ocurre cuando la víctima tiene su domicilio habitual en España o si, cometiéndose el delito en grado de tentativa, los actos ejecutivos tienen lugar en territorio español teniendo la víctima su residencia en España.

Ejemplo: María, de dieciocho años, y su hermana Maite, de veinte, nacieron en Valencia. Sus padres, de origen marroquí, viajan todos los veranos a Casablanca para visitar a su familia. En el verano, como cada año, se instalan en Casablanca para pasar las vacaciones. Llegan por la noche y a la mañana siguiente su padre les comunica que deben contraer matrimonio con dos primos. El padre las encierra en la vivienda familiar y controla todos sus movimientos para asegurarse de que no huyen. Maite consigue enviar un wasap a Natalia, una amiga de Valencia. Natalia denuncia los hechos ese mismo día ante la Policía Nacional y los matrimonios no llegan a celebrarse. La competencia sería de la Sección de Violencia sobre la Mujer de Valencia (art. 15 bis LECrim), porque las víctimas tienen su domicilio habitual en España y los actos ejecutivos del delito en grado de tentativa se iniciaron cuando residían en España. Si las víctimas no tuvieran residencia habitual en España, la competencia correspondería a la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia (art. 23.4 LOPJ).

2. ÁMBITO TERRITORIAL Y COMARCALIZACIÓN

La reforma operada por la LOEP incrementó de manera sustancial las competencias de los anteriores Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que pasan a denominarse Secciones de Violencia sobre la Mujer. Ante el previsible y considerable aumento de la carga de trabajo derivado de esta nueva atribución competencial, y en cumplimiento del mandato de la disposición transitoria cuarta de la LOEP, el Gobierno aprobó el Real Decreto 422/2025.

sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer (2025), pp. 10-11.

En cuanto a las Secciones de Violencia sobre la Mujer, el contenido del Real Decreto 422/2025 se estructura en tres medidas principales: la transformación de plazas de Secciones de Instrucción en plazas de Secciones de Violencia sobre la Mujer, la creación de nuevas plazas y Secciones de Violencia sobre la Mujer, y la comarcalización de algunas secciones o ampliación de su jurisdicción a otros partidos judiciales (véase Tabla 1). El artículo 4 del Real Decreto procede a la transformación de ocho plazas de Secciones de Instrucción en plazas de Secciones de Violencia sobre la Mujer. Estas plazas no suponen un incremento de plazas, sino una redistribución porque ya se encontraban en funcionamiento en sus respectivas Secciones de Instrucción.

En segundo lugar, el artículo 3 del Real Decreto crea nuevas Secciones de Violencia sobre la Mujer y dota de plazas adicionales a Secciones ya existentes. Supone la creación de un total de cuarenta y dos nuevas plazas especializadas en violencia sobre la mujer: trece plazas correspondientes a Secciones de nueva creación y veintinueve plazas en Secciones preexistentes. El artículo 3.1 crea y constituye trece nuevas Secciones de Violencia sobre la Mujer, cada una de ellas dotada con una plaza de magistrado o magistrada. El artículo 3.2 crea un total de veintinueve nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer ya existentes, estas plazas sí suponen un incremento de la planta judicial en materia de violencia sobre la mujer.

El artículo 89.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, prevé la posibilidad de comarcalización: extender la jurisdicción de las Secciones de Violencia sobre la Mujer a dos o más partidos judiciales. Antes de la entrada en vigor de la LOEP, ya existían veintidós agrupaciones. El artículo 6 del Real Decreto 422/2025 determina la extensión de la jurisdicción de doce Secciones de Violencia sobre la Mujer a partidos judiciales limítrofes. El Real Decreto 422/2025, en su exposición de motivos, indica que “el objetivo de esta medida es alcanzar el correcto equilibrio entre el mantenimiento de una proximidad razonable del órgano judicial respecto de la víctima y la respuesta especializada que exige el tratamiento de este tipo de procedimiento”. La norma considera la comarcalización como una solución equilibrada entre la especialización y la proximidad. Tiene todas las ventajas de la especialización judicial pero también inconvenientes, que pueden resumirse en la sobrecarga de las secciones que vean aumentada su jurisdicción, una justicia de dos velocidades y los elevados costes de la medida⁴⁵.

⁴⁵ En este sentido, Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti (2015), identifican la lejanía geográfica respecto de los justiciables como uno de los principales inconvenientes de la especialización judicial.

En cuanto a la justicia de dos velocidades, la comarcalización afecta principalmente a zonas rurales. Algunos partidos tienen núcleos más poblados, pero siguen siendo ciudades pequeñas o medianas como Valdepeñas, Puertollano, Lucena. Por tanto, en los territorios más rurales de España, la comarcalización de las Secciones de Violencia sobre la Mujer tiende a centralizarse en las capitales de provincia o ciudades principales. Si tomamos como ejemplo la comarcalización del Tribunal de Instancia de Mérida, la más amplia, que afecta a diez partidos judiciales, puede observarse que los partidos judiciales más cercanos a Mérida, como Almendralejo, se encuentran a una distancia de treinta kilómetros. Pero los más alejados, como Herrera del Duque, están a más de ciento cuarenta kilómetros, que puede traducirse en desplazamientos de más de hora y media.

Las comarcalizaciones más reducidas, que agrupan como máximo tres partidos judiciales, pueden aproximarse más a un equilibrio entre especialización y proximidad. Pero las grandes comarcalizaciones, como las que se realizan en las provincias de Mérida, alejan la Justicia de la ciudadanía y contradicen la finalidad del artículo 15 bis LECrim, que determina la competencia territorial en función del domicilio de la víctima. Una de las conclusiones alcanzadas en las XIII Jornadas de Violencia sobre las Mujeres, organizadas por el Consejo General de la Abogacía Española, va en este sentido: “La comarcalización de los órganos judiciales está generando un efecto contrario al deseado: aleja la justicia de las víctimas, perjudica la inmediatez del órgano judicial, incrementa su vulnerabilidad y provoca una revictimización añadida derivada de los desplazamientos y de la carga emocional y económica que estos conllevan”⁴⁶.

En definitiva, la comarcalización impone en las zonas rurales, como Castilla y León o Extremadura, un modelo que obliga a las partes a recorrer largas distancias. A tal efecto, la LOEP prevé que las víctimas reciban asistencia y puedan participar en las actuaciones judiciales telemáticamente en las Oficinas Municipales de Justicia. Debemos recordar que el Real Decreto-ley 6/2023 modificó el artículo 258bis LECrim, que establece que las víctimas

⁴⁶ En este sentido, Fernando Rodríguez Santocildes, presidente de la Subcomisión de Violencia sobre las Mujeres del Consejo General de la Abogacía Española, también incide en que la comarcalización implica un alejamiento de la justicia respecto de las víctimas. Esta medida contradice frontalmente la Ley Orgánica 1/2004, que reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer una justicia de proximidad. La ley determinó expresamente que la competencia territorial debía fijarse según el domicilio de la víctima, precisamente para evitar que tuviera que desplazarse. El objetivo era claro: minimizar la carga adicional sobre mujeres ya en situación de extrema vulnerabilidad.

de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, menores de edad o personas con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección, o desde cualquier otro lugar, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención

Sin embargo, no todas las actuaciones pueden ser telemáticas: aunque la normativa establece que las actuaciones se realizarán “preferentemente” de forma telemática, ciertas diligencias requieren presencia física en la sede del tribunal, y, por tanto, requerirán desplazamiento. Si tomamos como ejemplo la comarcalización del Tribunal de Instancia de Mérida, los trayectos entre el domicilio de las partes y la sede del tribunal pueden oscilar entre media hora y hora y media, para los más alejados. La víctima y el investigado o acusado pueden necesitar comparecer múltiples veces durante el proceso. Inicialmente, quien realiza el desplazamiento debe asumir el coste, aunque podrán repercutirse en costas procesales (artículo 241.2 LEC). A esto debe sumarse el coste de oportunidad, el tiempo que la víctima emplea en desplazamientos, que puede superar las cuatro horas entre ida y vuelta desde localidades alejadas, supone pérdida de jornadas laborales, dificultades para compatibilizar con el cuidado de menores. Estos gastos adicionales pueden funcionar como una barrera para el acceso a la justicia.

En definitiva, la comarcalización constituye la contradicción más evidente entre los objetivos declarados de la reforma y sus efectos prácticos. El criterio del domicilio de la víctima se estableció precisamente para facilitar el acceso a recursos de apoyo en su entorno habitual. Sin embargo, la extensión de la jurisdicción de doce Secciones de Violencia sobre la Mujer, que alcanza hasta diez partidos judiciales en el caso del Tribunal de Instancia de Mérida, produce exactamente el efecto contrario: obliga a víctimas de zonas rurales a recorrer hasta ciento cuarenta kilómetros para comparecer ante el tribunal. El Real Decreto 422/2025 justifica esta medida en el equilibrio entre proximidad y especialización, pero este equilibrio solo existe en comarcalizaciones reducidas de dos o tres partidos limítrofes. En las grandes comarcalizaciones de Extremadura o Castilla y León, la especialización se logra sacrificando completamente la proximidad. La comarcalización no responde a una evaluación sobre cómo garantizar mejor la protección de las víctimas, sino a la necesidad de concentrar carga de trabajo en menos órganos ante la insuficiencia de plazas creadas.

Tabla 1. Medidas previstas en los artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 422/2025, de 3 de junio

Comunidad Autónoma	Tribunal de Instancia	Art. 4 Transformación (8)	Art. 3.1 Nueva Sección (13)	Art. 3.2 Nuevas plazas (anterior a total)	Art. 6 Comarcalización
Andalucía	Motril	—	Nueva Sección	—	—
	Ayamonte	—	Nueva Sección	—	—
	Jerez de la Frontera	Instr. n5 a VSM n2	—	—	—
	Granada	—	—	2 a 3	—
	Almería	—	—	2 a 3	—
	Algeciras	—	—	1 a 2	—
	Córdoba	—	—	1 a 2	Pozoblanco, Lucena, Cabra
	Marbella	—	—	1 a 2	—
	Málaga	—	—	4 a 5	—
	Sevilla	—	—	4 a 5	—
Aragón	Zaragoza	—	—	3 a 4	—
Asturias	Gijón	—	—	1 a 2	Siero, Villaviciosa, Cangas de Onís, Llanes, Piloña
Canarias	Puerto del Rosario	—	Nueva Sección	—	—
	Arrecife	—	Nueva Sección	—	—
	Las Palmas de G.C.	—	—	3 a 4	—
	Arona	—	—	1 a 2	—
Cantabria	Santander	Instr. n5 a VSM n2	—	—	—
Castilla y León	León	—	Nueva Sección	—	La Bañeza, Astorga, Sahagún, Cistierna
	Valladolid	—	—	1 a 2	Medina del Campo, Medina de Rioseco
Castilla-La Mancha	Guadalajara	—	Nueva Sección	—	Sigüenza, Molina de Aragón
	Ciudad Real	—	Nueva Sección	—	Almagro, Valdepeñas, Puertollano
	Toledo	—	—	1 a 2	—
Cataluña	Vilanova i la Geltrú	—	Nueva Sección	—	Vilafranca del Penedès

Comunidad Autónoma	Tribunal de Instancia	Art. 4 Transformación (8)	Art. 3.1 Nueva Sección (13)	Art. 3.2 Nuevas plazas (anterior a total)	Art. 6 Comarcalización
	Lleida	—	—	1 a 2	Balaguer, Cervera
	Barcelona	—	—	5 a 6	—
	L'Hospitalet de Ll.	—	—	1 a 2	—
Extremadura	Mérida	—	Nueva Sección	—	Don Benito, Villanueva de la Serena, Herrera del Duque, Almendralejo, Villafranca de los Barros, Castuera, Jerez de los Caballeros, Zafra, Fregenal de la Sierra, Llerena
	Cáceres	—	—	1 a 2	—
	Badajoz	—	—	1 a 2	Montijo, Olivenza
Galicia	Santiago de Compostela	—	Nueva Sección	—	Noia, Arzúa, Ribeira, Negreira, Muros, Padrón, Ordes
	Ourense	—	Nueva Sección	—	Verín, O Carballiño, Xinzo de Limia, Ribadavia, Celanova, Bande
	A Coruña	Instr. n8 a VSM n2	—	—	—
	Vigo	Instr. n8 a VSM n2	—	—	—
Illes Balears	Manacor	—	Nueva Sección	—	—
	Palma	—	—	3 a 4	—
	Eivissa	—	—	1 a 2	—
Comunidad de Madrid	Madrid	—	—	11 a 14	—
	Arganda del Rey	—	—	1 a 2	—
	Móstoles	Instr. n6 a VSM n2	—	—	—
	Alcalá de Henares	Instr. n6 a VSM n2	—	—	—
Murcia	Murcia	—	—	2 a 3	—
	Cartagena	—	—	1 a 2	—
País Vasco	Barakaldo	Instr. n4 a VSM n2	—	—	—
C. Valenciana	Llíria	—	Nueva Sección	—	—

Comunidad Autónoma	Tribunal de Instancia	Art. 4 Transformación (8)	Art. 3.1 Nueva Sección (13)	Art. 3.2 Nuevas plazas (anterior a total)	Art. 6 Comarcalización
	Castellón de la Plana	Instr. n6 a VSM n2	—	—	—
	Alicante	—	—	3 a 4	—
	Vila-real	—	—	1 a 2	—
	Benidorm	—	—	1 a 2	—

V. CONCLUSIONES

La LOEP transforma los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en Secciones de los Tribunales de Instancia y amplía de forma sustancial sus competencias penales y civiles. El diseño de este órgano jurisdiccional especializado adolece de tres problemas principales que comprometen la eficacia de la reforma. El primero es la ampliación de competencias sin una evaluación previa y minuciosa. La necesidad de esta especialización es el compromiso político de luchar contra la impunidad de la violencia que sufren las mujeres. Al menos, de aquella que padecen de forma mayoritaria: la violencia en el ámbito de la pareja y la violencia sexual. La especialización judicial no se justifica en razones técnicas, como la complejidad de las normas aplicables, sino por la voluntad de ofrecer una respuesta institucional específica a un problema social. Esto no significa que sea un compromiso político equivocado, ni que la especialización judicial sea desaconsejable *a priori*. El problema es que la LOEP extiende automáticamente el modelo de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a delitos con dinámicas criminológicas muy diferentes entre sí. Por ejemplo, la violencia de género en la pareja responde a patrones de control coercitivo progresivo en contextos de intimidad; las agresiones sexuales cometidas fuera de la pareja plantean problemas probatorios distintos, como la identificación del agresor si es un desconocido para la víctima; y la trata con fines de explotación sexual puede implicar a múltiples víctimas y autores de los hechos. Hubiera sido oportuna una evaluación que valorase diferentes opciones, como mantener las Secciones de Violencia sobre la Mujer como órganos especializados en la violencia de género en la pareja y crear secciones específicas para delitos sexuales; o garantizar una respuesta especializada mediante formación específica de jueces y otros profesionales sin necesidad de especialización judicial. Es cierto que algunos delitos sexuales comparten rasgos con los delitos de violencia de género en la pareja: se cometen en la intimidad, presentan dificultades

probatorias análogas, la declaración de la víctima suele ser la prueba principal de cargo. Pero hay diferencias relevantes que deberían haberse evaluado antes de atribuir todas estas competencias a un único órgano.

El segundo problema es la técnica legislativa deficiente que emplea la LOEP para diseñar las competencias objetivas. La ley crea un sistema complejo donde varios órganos concurren: las Secciones de Violencia sobre la Mujer, las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y las Secciones de Instrucción o Secciones Únicas. La LOEP emplea términos poco precisos como “mujer”, “niña” y “adolescente” para delimitar las competencias de estas secciones, pero no define ninguno de ellos. Esta falta de definiciones genera inseguridad sobre qué órgano debe conocer de cada caso. La concurrencia de órganos especializados, además, puede obligar a dividir la contienda de la causa. En supuestos de conexidad delictiva o pluralidad de víctimas de distinto sexo y edad, dos órganos instructores pueden conocer de los mismos hechos. Esto duplica los recursos personales y materiales que deben dedicarse y genera riesgo de resoluciones contradictorias sobre unos mismos hechos. En el orden civil, la ampliación de competencias a violencia sexual plantea dudas sobre su utilidad. En violencia de género existe una relación previa o actual entre las partes que justifica la atribución de competencias civiles: crisis matrimoniales, custodias, alimentos. Pero, por ejemplo, una agresión sexual puntual por un desconocido rara vez genera procesos civiles.

A los dos problemas anteriores se añade un tercero: la comarcalización de las Secciones de Violencia sobre la Mujer. El Real Decreto 422/2025 extiende la jurisdicción de doce Secciones de Violencia sobre la Mujer a partidos judiciales limítrofes. La norma justifica esta medida en el equilibrio entre especialización y proximidad. Sin embargo, las grandes comarcalizaciones, especialmente en zonas rurales de Extremadura o Castilla y León, alejan la justicia de los justiciables con desplazamientos de hasta hora y media desde las localidades más alejadas: crea una justicia de dos velocidades. La apuesta por la comarcalización, además, contradice la finalidad del artículo 15 bis LECrim, que determina la competencia territorial en función del domicilio de la víctima precisamente para facilitar su acceso a la justicia.

Los tres problemas apuntados responden a un denominador común: la LOEP amplía y reorganiza las competencias de estos órganos especializados sin una evaluación previa de su adecuación a los fenómenos que pre-

tende atender. El resultado es una reforma que, pese a su ambición, puede comprometer una respuesta judicial eficaz.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASENCIO MELLADO, J. M. 2005. "La competencia civil de los juzgados de violencia frente a la mujer." En *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 71-90. Bilbao: Universidad de Deusto.
- BALDWIN, J. M., y J. RUKUS. 2014. "Healing the wounds: An examination of veterans treatment courts in the context of restorative justice." *Criminal Justice Policy Review* 26 (2): 183-207. <https://doi.org/10.1177/0887403413520002>
- CASTRO, A., M. LILA, E. GRACIA, y M. WEMRELL. 2021. "Professionals' views on the comparatively low prevalence of intimate partner violence against women in Spain." *Violence Against Women* 27 (15-16): 2696-2717. <https://doi.org/10.1177/10778012211021106>
- Consejo General del Poder Judicial. 2004. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer*. Madrid: CGPJ.
- Consejo General del Poder Judicial. 2025a. *Reflexiones sobre criterios de actuación en cuestiones de competencia en materia de violencia sobre la mujer*. Madrid: CGPJ.
- Consejo General del Poder Judicial. 2025b. "Una encuesta entre los titulares de los juzgados con competencia en violencia sobre la mujer revela 'carencias muy extendidas' e 'importantes diferencias' entre los territorios." *Nota de prensa*, 9 de julio. <http://www.poderjudicial.es>
- CUADRADO SALINAS, C., y M. FERNÁNDEZ LÓPEZ. 2006. "Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género." *Feminismo/s* 8.
- CUBILLO LÓPEZ, I. 2006. "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la determinación de su competencia." En *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Madrid: Colex.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2002. "La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil." *Tribunales de Justicia* 8-9: 1-10.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., y J. S. MORA-SANGUINETTI. 2015. "El mito de la especialización judicial." *InDret* 1: 1-33.
- European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). 2022. *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States: Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2012 to 2020. Part 2, Country fiches for each EU Member States* (2020). Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- FUENTES SORIANO, O. 2005. "La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género." *La Ley* 6362.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. 2025. "Los nuevos tribunales de instancia." En *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia: Nuevos tribunales, medios adecuados de*

solución de controversias y reformas procesales, dirs. J. BANACLOCHE PALAO y F. GASCÓN INCHAUSTI, 67-120. Cizur Menor: Aranzadi.

HANNAH-MOFFAT, K., y P. MAURUTTO. 2012. "Shifting and targeted forms of penal governance: Bail, punishment and specialized courts." *Theoretical Criminology* 16 (2): 201-219. <https://doi.org/10.1177/1362480612437778>

KAISER, K. A., y K. HOLTRETER. 2016. "An integrated theory of specialized court programs: Using procedural justice and therapeutic jurisprudence to promote offender compliance and rehabilitation." *Criminal Justice and Behavior* 43 (1): 45-62. <https://doi.org/10.1177/0093854815609642>

MELERO BOSCH, L. V. 2005. "Los juzgados de violencia sobre la mujer." *Anales de la Facultad de Derecho* 22: 40-48.

PEITEADO MARISCAL, P. 2025. "La breve, complicada y desordenada, aunque bastante interesante, incidencia de la LOEP en el proceso penal." En *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia: Nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, dirs. J. BANACLOCHE PALAO y F. GASCÓN INCHAUSTI, 523-584. Cizur Menor: Aranzadi.

POSNER, R. A. 1983. "Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function." *Southern California Law Review* 56: 761-791.

VOIGT, S., y N. EL-BIALY. 2013. "Identifying the determinants of judicial performance: Taxpayers' money well spent?" *Working paper*. SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2241224>

WERNER BOADA, S. 2020. "The trope of Romani criminality in Spain's gender violence institutions: A critique of punitive feminism." *Violence Against Women*. <https://doi.org/10.1177/10778012251379437>

El acceso a las fuentes de prueba en los procesos para el ejercicio de acciones colectivas: análisis en clave europea de la proyectada transposición de los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828

Access to Sources of Evidence in Proceedings for the Exercise of Representative Actions: Analysis from a European perspective of the Proposed Transposition of Articles 18 and 19 of Directive 2020/1828

PATRICIA LLOPIS NADAL

Profesora Titular de Universidad
Universitat de València
patricia.llopis@uv.es

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UE: UNA ARMONIZACIÓN LONGEVA Y PROGRESIVA HASTA LA ACTUAL DIRECTIVA 2020/1828. III. LAS DOS INTERVENCIONES PREVIAS —Y SECTORIALES— DEL LEGISLADOR DE LA UE PARA REGULAR EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCESOS DE NATURALEZA CIVIL. 1. El acceso a fuentes de prueba, el aseguramiento de prueba y el acceso a información como tres derechos reconocidos por la Directiva 2004/48 a favor del demandante. 2. El acceso a fuentes de prueba como derecho reconocido por la Directiva 2014/104 a favor del demandante y a favor del demandado. IV. LA DIRECTIVA 2020/1828 O LA TERCERA INTERVENCIÓN SECTORIAL DE LA UNIÓN EUROPEA PARA REGULAR EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCESOS DE NATURALEZA CIVIL. 1. La entidad habilitada demandante—o potencialmente demandante—y el empresario demandado como titulares del derecho a solicitar la exhibición de pruebas. 2. Los requisitos para que sea posible ordenar la exhibición de pruebas a la contraparte o a un tercero conforme al art. 18 de la Directiva 2020/1828. 3. La obligación de sancionar los incumplimientos y las negativas a cumplir las órdenes de exhibición de pruebas emitidas con base en la Directiva 2020/1828. V. DIFERENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS PREVISTA EN LA DIRECTIVA 2014/104 Y LA INTRODUCIDA POR LA DIRECTIVA 2020/1828. 1. El principio de prueba que sustenta la solicitud de exhibición de pruebas: una cuestión de matices con nivel de exigencia a la baja en la Directiva 2020/1828. 2. La no previsión de la posibilidad de solicitar la exhibición de “categorías de pruebas” en la Directiva 2020/1828 no debe impedir que lo permitan los legisladores nacionales. 3. Los

parámetros para valorar la proporcionalidad y la confidencialidad fijados en la Directiva 2014/104 y la labor de los tribunales adaptándolos a las circunstancias propias de las acciones colectivas. 4. La posibilidad de ordenar la exhibición de pruebas inaudita parte: del silencio en la Directiva 2020/1828 a las disposiciones nacionales que establezcan un sistema de exhibición más amplio. 5. Las distintas conductas reprochables y su régimen de sanciones: la Directiva 2014/104 como instrumento para colmar las lagunas de la armonización en materia de acciones colectivas. 5.1. Las cuatro conductas sancionables en relación con las órdenes de exhibición de pruebas. 5.2. La previsión de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a las conductas sancionables. IV. CONCLUSIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumen: Este trabajo tiene por objetivo analizar en clave europea la proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de los arts. 18 y 19 de la Directiva de acciones de representación. Con tal propósito, tras referirnos al camino seguido por el legislador de la Unión hasta la adopción de esta norma y examinar las regulaciones sectoriales previas de la exhibición de pruebas, nuestro trabajo se centra en estudiar con detalle los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828 —junto a sus considerandos— y en analizar sus similitudes y diferencias con el régimen que fue introducido mediante los arts. 5 y 8 de la Directiva 2014/104 —prestando asimismo atención a la reciente jurisprudencia del TJUE sobre estas disposiciones—.

Palabras clave: acciones colectivas, acceso a las fuentes de prueba, acceso a la información, exhibición de pruebas, proceso civil.

Abstract: This paper aims to analyse, from a European perspective, the proposed transposition into the Spanish legal system of Articles 18 and 19 of the Directive on representative actions. To that end, after outlining the path followed by the EU legislator leading to the adoption of this instrument and examining prior sectoral regulations on the disclosure of evidence, the paper focuses on a detailed study of Articles 18 and 19 of Directive 2020/1828—together with their recitals—and analyses the similarities and differences as compared with the regime introduced by Articles 5 and 8 of Directive 2014/104, also taking into account the recent case law of the CJEU on those provisions.

Keywords: representative actions, access to sources of evidence, access to information, disclosure of evidence, civil proceedings.

Listado de Abreviaturas y Siglas

art./ arts.	artículo/artículos
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
D.O.C.E.	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
D.O.U.E.	Diario Oficial de la Unión Europea
ELI	<i>European Law Institute</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
op. cit.	<i>opus citatum</i> (la obra citada)

pág./ págs.	página/páginas
PLAC	Proyecto de Ley de Acciones Colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNIDROIT	<i>International Institute for the unification of Private Law</i>
v. gr.	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
vid.	<i>vide</i> (véase)

I. INTRODUCCIÓN¹

En un nuevo intento por armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de acciones colectivas para la protección de los intereses de consumidores y usuarios, el legislador de la Unión adoptó la Directiva 2020/1828². Entre las novedades que introduce esta norma de derecho derivado, destaca la obligación impuesta a los Estados miembros de prever un instrumento procesal que permita tanto a la entidad habilitada demandante, como al empresario demandado, solicitar y obtener el acceso a las fuentes de prueba que estén en disposición de la otra parte o de un tercero. De este modo, el art. 18 de la referida Directiva establece las bases de estas órdenes de exhibición de pruebas, mientras que su art. 19 impone la obligación de prever sanciones en caso de incumplimiento o de negativa a cumplir con lo ordenado por el órgano jurisdiccional que haya acordado la medida.

Con el propósito de cumplir con las obligaciones de resultado que le impone esta norma de Derecho de la Unión, en el ámbito nacional se han sucedido el Anteproyecto de Ley de acciones de representación³ —de enero

¹ La presente publicación se ha realizado en el marco del proyecto de I+D+i PID2021-1225690B-I00: Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa. En especial, acciones de representación y régimen del proceso testigo, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”. Este trabajo forma parte del Proyecto Investigador presentado para el concurso a la plaza de Profesor/a Titular de Universidad de la Universitat de València; la autora agradece a los miembros del tribunal todos los comentarios y observaciones formulados para contribuir a su mejora.

² Directiva (UE) núm. 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva (CE) núm. 2009/22, *D.O.U.E.*, L 409, de 4 de diciembre de 2020.

³ Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, publicado en enero de 2023, disponible en: <https://>

de 2023—, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁴ —de marzo de 2024—, y, más recientemente, el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁵ —de marzo de 2025— (en adelante, PLAC). En su última propuesta de transposición de la Directiva 2020/1828 a nuestro ordenamiento jurídico interno, y como ya hiciera con el Anteproyecto de 2023, el legislador español ha proyectado un art. 838 de la LEC con el que se extiende el uso del instrumento procesal que permite el acceso a fuentes de prueba a los procesos por los que se ejercen acciones colectivas.

El art. 838 que pretende introducir el PLAC como parte de las *disposiciones comunes de los procesos para el ejercicio de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios* es, salvo algunos matices, idéntico a la norma que regula el acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia, esto es, al art. 283.bis de la LEC⁶. Esta

www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20acciones%20representativas.pdf (última consulta, 23 de marzo de 2026).

⁴ Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 22 de marzo de 2024, *B.O.C.G.*, Serie A, núm. 16, disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-16-1.PDF (última consulta, 23 de marzo de 2026).

⁵ Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 14 de marzo de 2025, *B.O.C.G.*, Serie A, núm. 48, disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-48-1.PDF (última consulta, 23 de marzo de 2026).

⁶ Integrado por un total de once artículos —que van desde la letra a) hasta la letra k)—, el detalle que presenta este art. 283.bis de la LEC no ha sido óbice para que esté dando lugar a abundante jurisprudencia en interpretación de sus distintos extremos —requisitos, procedimiento, contenido, práctica...—. Para un estudio detallado a propósito de esta disposición, *vid.*, entre otros, MARTORELL ZULUETA, P., “Aspectos procesales I: acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Ruiz Peris, J. I. (dir.), Palomar Tejedor, T. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, 2019, págs. 77 a 136; RUIZ DE LA FUENTE, C., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos de daños por actos anticoncurrenciales”, *Anales de derecho*, Vol. 41, 2024; y, SANJUAN y MUÑOZ, E., “Sección 1ª bis. Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”, en *Comentarios a la Ley de*

disposición, introducida mediante el Real Decreto-ley 9/2017⁷, transpuso al ordenamiento jurídico español los arts. 5 a 8 de la Directiva 2014/104⁸ —norma con la que se armonizaron las acciones por daños derivados de conductas anticompetitivas—. Sin embargo, y a pesar de perseguir la misma finalidad —la de permitir al demandante y al demandado acceder a las pruebas en poder de la otra parte o de un tercero—, es posible observar cómo estos artículos de la Directiva de daños presentan una redacción distinta a los artículos destinados a regular el mismo instrumento procesal en la Directiva de acciones de representación.

Partiendo de esta premisa, la finalidad del presente trabajo es realizar un análisis en clave europea de la proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828. Para ello, tras referirnos al camino seguido por el legislador de la Unión hasta la adopción de esta norma que armoniza por tercera vez las acciones colectivas y examinar sus intervenciones previas —y sectoriales— para regular la exhibición de pruebas en procesos de naturaleza civil, nuestro trabajo se centra en estudiar con detalle los arts. 18 y 19 de la Directiva de acciones de representación —y los considerandos que los acompañan—, así como en analizar sus similitudes y diferencias con el régimen que fue introducido mediante la Directiva 2014/104 —en especial, con sus arts. 5 y 8—, prestando también atención al modo en que el TJUE está interpretando estas disposiciones. Nuestro examen nos permitirá concluir la oportunidad de que el legislador español introduzca algunos matices en el régimen de este instrumento procesal cuando se utilice para acceder a fuentes de prueba con vistas a/en el marco del ejercicio de una acción colectiva, así como el modo en que la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo dictada sobre la base de la Directiva de daños podría ser aplicada por los tribunales españoles cuando resuelvan las solicitudes de exhibición de pruebas en materia de acciones colectivas.

Enjuiciamiento Civil, Díaz Martínez, M. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2024, Vol. 2, págs. 1724 a 1731.

⁷ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, *B.O.E.*, núm. 126, de 27 de mayo de 2017.

⁸ Directiva (UE) núm. 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, L 349, de 5 de diciembre de 2014.

II. LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA UE: UNA ARMONIZACIÓN LONGEVA Y PROGRESIVA HASTA LA ACTUAL DIRECTIVA 2020/1828

En noviembre de 2020 la UE aprobó la Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Adoptada sobre la base del art. 114 del TFUE⁹ —en relación con su art. 26—¹⁰ constituye una muestra más de los esfuerzos del legislador de la Unión por aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia procesal a efectos de consolidar el mercado interior y garantizar su funcionamiento¹¹. El interés de Bruselas por regular la tutela colectiva de los consumidores en el territorio de la UE no constituye ninguna novedad, así, desde la década de los noventa se han sucedido hasta tres Directivas en las que se han abordado, cada vez con mayor detalle, estas cuestiones¹²; nos encontramos, por tanto, ante una armonización que ha venido desarrollándose desde hace casi tres décadas y que ha sido objeto de distintas modificaciones hasta llegar a la actual Directiva 2020/1828.

Como era de esperar, transcurrido un decenio desde el último intento por acercar los ordenamientos nacionales sobre esta materia, la Directiva de 2020 introduce algunas cuestiones novedosas¹³; entre otras, debemos

⁹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁰ El art. 114 del TFUE encabeza el capítulo relativo a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros; ya en su primer apartado, la citada disposición anticipa que estas normas, cuyo propósito es lograr una mayor convergencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales, se aplicarán para la consecución de los objetivos enunciados en el art. 26 —artículo donde se prevé que la UE adopte las medidas destinadas a establecer el mercado interior y/o a garantizar su funcionamiento—.

¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, ed. Marcial Pons, 2018, págs. 27 a 29.

¹² Directiva (CE) núm. 98/27, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, *D.O.C.E.*, L 166, de 11 de junio de 1998; Directiva (CE) núm. 2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, *D.O.U.E.*, L 110, de 1 de mayo de 2009.

¹³ No es momento para realizar un análisis exhaustivo de la misma, para ello nos remitimos a algunos de los estudios que se han publicado en el último lustro abordando esta materia —bien de modo exclusivo, o bien entre otras cuestiones—: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: La proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la

destacar la legitimación de las entidades habilitadas para ejercer acciones colectivas de carácter resarcitorio, el control impuesto sobre la financiación por parte de terceros de estas acciones o el derecho del demandante y del demandado a solicitar la exhibición de pruebas en poder del contrario o de un tercero.

Es precisamente esta última previsión, el acceso a las fuentes de prueba, incorporada con el propósito de mitigar la asimetría de información que caracteriza estos litigios, la que ha dado lugar al proyectado art. 838 de la LEC. Sin embargo, debemos recordar que, aun cuando la posibilidad —o, mejor dicho, el derecho¹⁴— de requerir a la contraparte o a un tercero la exhibición de pruebas representa una novedad en los procesos para la tutela colectiva de los consumidores, no lo es para el ordenamiento

directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación”, en *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Romero Pradas, M. I. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2023, págs. 149 a 156; GARNICA MARTÍN, J. F., FERRERES COMELLA, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., AGUILERA MORALES, E., “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la trasposición de la Directiva 2020/1828”, en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Romero Pradas, M. I. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2022, págs. 697 a 701; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español”, en *Estándares Europeos y Proceso Civil: hacia un Proceso Civil convergente con Europa*, Gascón Inchausti, F. y Peiteado Mariscal, P. (dirs.), ed. Atelier, 2022, págs. 700 a 711; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio”, en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Jiménez Conde, F. (dir.), Fuentes Soriano, O. y González Cano, M. I. (coords.), ed. Tirant lo Blanch, 2018, págs. 413 a 421; MARTÍNEZ DEL TORO, S., “Líneas generales del sistema de acciones colectivas planteado por la Directiva europea sobre acciones de representación”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 150, 2021.

¹⁴ En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ mantiene “el derecho constitucionalmente reconocido en el art. 24.2 CE a la utilización de los medios de prueba pertinentes incluye también el deber del legislador de adoptar las medidas razonablemente necesarias para permitir el acceso a las fuentes de prueba” [ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 1, 2020, pág. 292].

jurídico de la UE¹⁵. Así, esta cuestión ya había sido regulada con carácter previo en otras dos normas de Derecho de la Unión de carácter sectorial¹⁶, dictadas sobre la base del art. 114 del TFUE y en las que, entre otras disposiciones, se incluyen normas de naturaleza procesal; se trata de sendas Directivas por las que se aproximan las legislaciones nacionales en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial y en el ámbito del Derecho de la competencia.

Recientemente, la Directiva 2024/1760 también ha previsto la exhibición de pruebas en poder de la empresa demandada a petición de la parte demandante; no obstante, la referida norma no es objeto de análisis en este trabajo por centrar nuestro estudio en aquellas disposiciones de derecho derivado ya existentes cuando se armonizó el acceso a las fuentes de prueba en materia de acciones colectivas¹⁷.

Asimismo, entendemos oportuno señalar que la Directiva 2016/943, a pesar de su carácter eminentemente procesal, no previó la exhibición de pruebas en materia de secretos comerciales¹⁸; sin embargo, ello no impidió que el legislador español introdujera, al transponerla a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 1/2019, un art. 18 sobre el acceso a las fuentes de prueba en las acciones para la tutela de los secretos empresariales con el que se remite a la aplicación del art. 283.bis de la LEC —en concreto, a sus letras a) a h) y k)—¹⁹.

¹⁵ SCHUMANN BARRAGÁN, tras señalar que esta asimetría informativa es “un problema clásico y común de la litigación civil”, explica “El legislador europeo ha ido incorporando poco a poco mecanismos de exhibición y de acceso a fuentes de prueba en distintas parcelas del ordenamiento, consciente de la incidencia que tiene la asimetría informativa en la efectividad de la tutela judicial de los derechos materiales” [SCHUMANN BARRAGÁN, G., “El acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil: un análisis funcionalista desde el derecho comparado”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 12, 2025, pág. 249].

¹⁶ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa”, *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, núm. 1, 2023, págs. 43 y 44.

¹⁷ Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, *D.O.U.E.*, L 1760 de 5 de julio de 2024.

¹⁸ Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, *D.O.U.E.*, L 157 de 15 de junio de 2016.

¹⁹ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, *B.O.E.*, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

III. LAS DOS INTERVENCIONES PREVIAS —Y SECTORIALES— DEL LEGISLADOR DE LA UE PARA REGULAR EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCESOS DE NATURALEZA CIVIL.

1. EL ACCESO A FUENTES DE PRUEBA, EL ASEGURAMIENTO DE PRUEBA Y EL ACCESO A INFORMACIÓN COMO TRES DERECHOS RECONOCIDOS POR LA DIRECTIVA 2004/48 A FAVOR DEL DEMANDANTE.

La Directiva 2004/48²⁰, sectorialmente centrada en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, fue la primera en la que se reguló el instrumento procesal del acceso a las fuentes de prueba. Así, dentro de la sección destinada a la “prueba”, esta norma exige, en su art. 6, que los ordenamientos nacionales permitan que, a solicitud del demandante, las autoridades judiciales puedan ordenar a la contraparte *la entrega de pruebas que estén bajo su control* —siempre que estas hayan sido especificadas—; añade que, si la infracción se ha cometido a escala comercial, esta orden puede incluir *la transmisión de documentos bancarios, financieros o comerciales que se encuentren bajo control de la parte contraria* —protegiendo, asimismo, todo dato que sea confidencial—.

Por su parte, el art. 7 requiere que las autoridades judiciales puedan, a instancia del interesado, adoptar, incluso antes de la presentación de la demanda, medidas *para proteger pruebas pertinentes con respecto a la supuesta infracción*. Tales medidas, que serán de carácter provisional, pueden ir desde *la descripción detallada* hasta *la incautación efectiva de las mercancías litigiosas, de los materiales e instrumentos utilizados en su producción y de los documentos relacionados*.

Finalmente, en una sección distinta a la de la prueba y destinada al “derecho de información”, con el art. 8 de la Directiva 2004/48 se obliga a los Estados miembros a garantizar que, a petición del demandante, sus autoridades judiciales puedan ordenar —entendemos que a la contraparte o a un tercero— que *faciliten datos sobre distintos extremos*. Entre la información que puede solicitarse se incluye *el origen de la infracción, las redes de distribución de las mercancías o servicios, el infractor o cualquier persona relacionada con las actividades infractoras* —por haber sido hallada en po-

²⁰ Directiva (CE) núm. 2004/48, de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, *D.O.U.E.*, L 157 de 30 de abril de 2004.

sesión de las mercancías litigiosas a escala comercial, utilizando servicios litigiosos a escala comercial o prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras—.

Si bien expuestos sucintamente, los tres artículos contienen, con un nivel elevado de detalle, los aspectos relativos a cada una de estas medidas para acceder o asegurar pruebas y para obtener información²¹. Además, se trata de un contenido que, al contrario de lo que cada vez es más común en las fuentes del Derecho de la Unión, se plasma en su parte dispositiva y no en sus considerandos —siendo lo más destacable de los considerandos referidos a estos artículos, el 20 y el 21, la idea de que los procedimientos por los que se adopten estas medidas respeten los derechos de defensa y prevean las garantías necesarias, incluida la protección de la información confidencial—.

De lo expuesto podemos concluir que, limitado a la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y condicionado al respeto de los datos confidenciales, con el art. 6 se introdujo el derecho del demandante a acceder a las fuentes de prueba en poder de la parte contraria, con el art. 7 la posibilidad de solicitar el aseguramiento de las pruebas antes de interponer la demanda y con el art. 8 el derecho del demandante a acceder a información en poder de la parte contraria o de un tercero. Como es sabido, estas disposiciones fueron implementadas en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 19/2006²², con la que se incorporaron las diligencias preliminares de los ordinales 7.º y 8.º del art. 256.1 de la LEC y las medidas de aseguramiento de la prueba del art. 297.2.II de la LEC²³.

²¹ Sobre estas tres disposiciones, *vid.*, VALLINES GARCÍA, E., “Harmonising access to information and evidence: the Directives on Intellectual Property and competition damages”, en *The future of the European Law of Civil Procedure: Coordination of Harmonisation?*, Gascón Inchausti, F. y Hess, B. (ed. lit.), ed. Intersentia, 2020, págs. 128 y siguientes.

²² Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, *B.O.E.*, núm. 134, de 6 de junio de 2006.

²³ A este propósito, *vid.*, ARMENGOT VILAPLANA, A., “Las nuevas diligencias preliminares y las especialidades en materia probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007, especialmente, págs. 13 a 45.

2. EL ACCESO A FUENTES DE PRUEBA COMO DERECHO RECONOCIDO POR LA DIRECTIVA 2014/104 A FAVOR DEL DEMANDANTE Y A FAVOR DEL DEMANDADO.

Diez años después de la adopción del acto normativo de mínimos en materia de propiedad intelectual e industrial, fue aprobada la Directiva 2014/104 sobre las acciones para el resarcimiento de daños derivados de conductas anticompetitivas. Esta norma destina su capítulo segundo a la “exhibición de las pruebas”, cuestión que se regula con detalle en los arts. 5 a 8 de la Directiva —unas disposiciones que deben leerse de manera conjunta con sus considerandos 14 a 33—.

Así, siempre en el marco de una acción por la que se pretenda obtener el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la infracción de las normas sobre el Derecho de la competencia, el art. 5 exige a los Estados miembros que su derecho nacional permita, tanto al demandante como al demandado, solicitar al tribunal que *ordene la exhibición de las pruebas pertinentes a la parte contraria o al tercero que las tenga en su poder*—incluso cuando estas contengan información confidencial, siempre que se adopten medidas para protegerla—. Esta disposición se completa con el art. 8 de la Directiva 2014/104, mediante el cual el legislador de la UE establece las conductas de las partes del proceso y de los terceros requeridos —acciones u omisiones en relación con las solicitudes de exhibición de pruebas—, que son merecedoras de sanción; además, indica en qué pueden consistir tales sanciones. Por su parte, los arts. 6 y 7 se destinan a la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia —quien, si bien no deja de ser un tercero, ocupa una posición particular²⁴—, fijándose una serie de límites en cuanto a su acceso y a su uso²⁵.

²⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 2017, pág. 140; señala el autor “Existe, además, una categoría de “tercero” muy significativa en este ámbito: la autoridad de competencia (europea o nacional), cuando haya puesto en marcha un expediente administrativo para la investigación y determinación de infracciones. Gracias a sus potestades coercitivas, tendrá acceso a fuentes de prueba que los particulares no pueden conseguir por sí mismos y que, en su caso, tendrían que reclamar a las empresas a las que se proponen demandar”.

²⁵ Sobre estas cuatro disposiciones, *vid.*, VALLINES GARCÍA, E., “Harmonising access to information and evidence: the Directives on Intellectual Property and competition damages”, *op. cit.*, págs. 128 y siguientes.

Como puede observarse, el art. 5 de la Directiva 2014/104 amplía considerablemente los sujetos que pueden solicitar una medida de acceso a las fuentes de prueba respecto de lo que había previsto el legislador de la UE en la Directiva 2004/48: en las acciones para el resarcimiento de daños derivados de conductas anticompetitivas, el demandante y el demandado tienen derecho a instar del tribunal una orden por la que se requiera a la parte contraria o a un tercero la exhibición de las pruebas que estén en su poder. Con este doble reconocimiento se evita el desequilibrio entre las partes por lo que se refiere a la información de la que disponen, mientras se garantiza el principio de igualdad concediendo al demandante y al demandado las mismas herramientas procesales.

Otra cuestión que merece ser destacada es el distinto carácter de las medidas que se reconocen en ambas Directivas; de este modo, mientras que en la Directiva de 2004 se prevé el *acceso a pruebas* (art. 6), el *aseguramiento de pruebas* (art. 7) y el *acceso a información* (art. 8) como tres instrumentos diferentes, en la de 2014 solo se prevé el *acceso a pruebas* (arts. 5 y 6). Este detalle fue apuntado por VALLINES GARCÍA, quien, además, considera —en nuestra opinión, acertadamente— que no es posible la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba sobre la base de la Directiva 2014/104, pero sí cabría adoptar medidas de acceso a información si se realiza una lectura holística de esta norma —atendiendo, en especial, a sus considerandos—²⁶.

Tras una novedosa y ambiciosa²⁷ Propuesta de Ley presentada por la Comisión General de Codificación²⁸ —caracterizada por plantear la extensión del régimen de acceso a fuentes de prueba a todos los procesos de

²⁶ *Ibidem*, págs. 144 y 145.

²⁷ HERRERA PETRUS, C., “Breve caracterización de la medida, de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines”, en *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Cachón Cadenas, M. y Franco Arias, J. (coords), ed. Atelier, Vol. 2, 2018, pág. 1254.

²⁸ Propuesta de Ley de la Sección Especial para la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803763-Propuesta_de_Ley_de_la_Seccion_Especial_para_la_Trasposicion_de_la_Directiva_2014_104_UE__del_Parla.PDF (última consulta, 23 de marzo de 2026).

naturaleza civil²⁹— que terminó resultando fallida³⁰, la Directiva 2014/104 se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante el Real Decreto-ley 9/2017. Entre otras cuestiones, los arts. 5 a 8 de la Directiva —y lo que se estimó conveniente de los considerandos que motivan las referidas disposiciones— se ha trasladado al capítulo de la LEC relativo a la prueba mediante un extenso art. 283.bis que contiene, en realidad, once exhaustivas disposiciones que comprenden desde la letra a) hasta la letra k).

IV. LA DIRECTIVA 2020/1828 O LA TERCERA INTERVENCIÓN SECTORIAL DE LA UNIÓN EUROPEA PARA REGULAR EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCESOS DE NATURALEZA CIVIL.

Aprovechando la última intervención legislativa para aproximar los ordenamientos nacionales en materia de tutela colectiva de los intereses de consumidores y usuarios, la UE ha introducido, también en los procesos civiles de este sector, la posibilidad de solicitar la exhibición de pruebas en poder de la otra parte o de terceros; como hemos anticipado en la introducción, esto se prevé en los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828 —que han de ser leídos junto a sus considerados 68 y 69—.

Siguiendo la línea abierta por la Directiva que regula las acciones para el resarcimiento de daños derivados de conductas anticompetitivas, en esta ocasión el derecho también se reconoce al demandante y al demandado. No obstante, puede observarse que esta norma de mínimos no solo ha sido menos detallada —algo que ya fue puesto de manifiesto por DE LUCCHI

²⁹ Sobre la referida Propuesta pueden consultarse los trabajos realizados en su momento por DOMÍNGUEZ RUÍZ, L., “La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, págs. 31 a 49; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia...”, *op. cit.*, págs. 141 a 146; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba”, *op. cit.*, págs. 323 a 325.

³⁰ Sobre el fracaso de esta Propuesta, su plasmación parcial en un Real Decreto-ley y la alternativa de tramitarla como Proyecto de Ley que tampoco resultó exitosa, *vid.*, ALBA CLADERA, F., “Capítulo VI: Acceso a las fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”, en *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil - Vol. 1 de la obra La prueba en el proceso civil*, Banacloche Palao, J. (coord.), ed. La Ley, 2019, Vol. 1, págs. 174 a 177.

LÓPEZ-TAPIA, respecto de la Directiva 2020/1828 con carácter general³¹, y por MORALES SANCHO, a propósito de las disposiciones que armonizan el acceso a las fuentes de prueba³²—, sino que, además, ha recurrido, quizá en exceso, a la remisión a otras normas tanto de la UE, como nacionales —algo que se realiza, en la propia Directiva, de modo expreso, respecto de algunas cuestiones; y algo que pueden terminar haciendo los legisladores nacionales, como ha sido el caso del español, al transponer a sus ordenamientos internos esta norma de derecho derivado—.

1. LA ENTIDAD HABILITADA DEMANDANTE —O POTENCIALMENTE DEMANDANTE— Y EL EMPRESARIO DEMANDADO COMO TITULARES DEL DERECHO A SOLICITAR LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS

En el marco de un proceso civil para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los consumidores, la exhibición de pruebas a la que se refiere el art. 18 solo podrá ordenarse por el tribunal —o, según el Estado miembro, por la autoridad administrativa competente—, a instancia de la persona interesada: la entidad habilitada que actúa como demandante o el empresario que ya ha sido demandado. A propósito de la utilidad de esta medida a favor de la entidad demandante, la propia Directiva, en su considerando 68, nos recuerda “las relaciones entre empresa y consumidor se caracterizan a menudo por la asimetría de la información y las pruebas necesarias pueden estar exclusivamente en poder del empresario, de manera que sean inaccesibles para la entidad habilitada”.

Por su parte, el reconocimiento de este derecho a favor del empresario pretende garantizar la igualdad de armas entre las partes; ahora bien, a pesar de ello, habrá que ver su utilidad práctica, primero, por el uso que el demandado llegue a hacer del mismo, y, segundo, por la posibilidad real

³¹ “[L]as Directivas [...] tienen como característica principal ser una directriz al legislador interno, ésta en concreto establece unos mínimos muy mínimos, de manera que se ha llegado a calificar como equivalente a una mera Recomendación, ya que algunas de las previsiones más “atrevidas” se presentan como facultativas para los Estados miembros” [DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: La proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la directiva (UE) 2020/1828...”, *op. cit.*, págs. 149 y 150].

³² El autor ha subrayado el carácter menos detallado de los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828 en comparación con los arts. 5 a 8 de la Directiva 2014/104 [MORALES SANCHO, G., “Diligencias de acceso a fuentes de prueba y responsabilidad frente a consumidores y usuarios. Una perspectiva comparada EE. UU., Alemania y España”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, núm. 2, 2021, pág. 425].

de obtener pruebas de una demandante que, en ocasiones, desconocerá la identidad de los consumidores a los que defiende en el litigio colectivo. Así, en el ámbito de las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia, la doctrina ha señalado que la utilidad práctica de esta medida para el demandado reside en la “acreditación de la repercusión de costes del actor a otros sujetos en la cadena de distribución (*passing-on*), excepción material frecuente en la postura del demandado”³³.

A lo indicado en los párrafos anteriores debemos añadir que entendemos que también estará legitimada la entidad habilitada potencialmente demandante, esto es, cuando todavía no haya presentado la demanda, pero requiera la exhibición de tales pruebas con vistas a su preparación —e, incluso, a la valoración de la oportunidad de demandar—. Es cierto que el art. 18 no se refiere expresamente a la posibilidad de pedir esta medida *ante causam* —como tampoco lo hacían de un modo expreso los arts. 6 y 8 de la Directiva 2004/48, ni el art. 5 de la Directiva 2014/104— pero la finalidad lógica de este instrumento junto a la redacción del primer requisito —en el que se exige aportar pruebas razonablemente disponibles “suficientes para respaldar una acción de representación”—, nos conducen a pensar que así es.

Contribuye a reforzar la idea defendida *supra* el hecho de que, recientemente, el TJUE ha confirmado, en su respuesta a la primera cuestión prejudicial del asunto *Ius Omnibus*, la posibilidad de solicitar la exhibición de pruebas con carácter previo a la interposición de la demanda con base en el art. 5.1 de la Directiva 2014/104. Ahora bien, es relevante matizar que los jueces de Luxemburgo condicionan el reconocimiento de este derecho a favor del potencial demandante a su previsión expresa en el ordenamiento jurídico interno del órgano jurisdiccional al que se solicita el acceso a las fuentes de prueba *ante causam*³⁴. Como puede observarse en el art. 283. bis.e) de la LEC, el legislador español sí ha previsto la posibilidad de solicitar el acceso a fuentes de prueba antes de incoar los procesos por los que se ejerzan acciones de reclamación de daños derivados de conductas anti-competitivas; asimismo, por remisión expresa del proyectado art. 838.6 de la LEC, con vistas a preparar el ejercicio de acciones colectivas las entidades habilitadas podrán solicitar la exhibición de pruebas antes de presentar su demanda —a condición de que la interpongan en los veinte días siguientes

³³ HERRERA PETRUS, C., “Breve caracterización de la medida, de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines”, *op. cit.*, pág. 1256.

³⁴ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartado 48.

a la terminación de su práctica—, algo que, entendemos, también ha de poder considerarse conforme al Derecho de la Unión.

La afirmación realizada en el párrafo anterior, que tiene como consecuencia la extensión de la jurisprudencia dictada interpretando la Directiva 2014/104 a las disposiciones que regulan la figura de acceso a las fuentes de prueba en la Directiva 2020/1828, tiene en cuenta, asimismo, los argumentos utilizados por el TJUE para llegar a esta conclusión. Así, destaca la toma en consideración por parte de los jueces de Luxemburgo, tanto de la voluntad del legislador de la Unión de no excluir la solicitud *ante causam* de la Directiva³⁵, como de los objetivos perseguidos por esta norma de derecho derivado³⁶. Si atendemos a la Directiva que armoniza las acciones de representación, podemos extraer argumentos en la misma línea para reconocer el derecho a solicitar la exhibición de pruebas a favor de las potenciales demandantes.

Así, en la Directiva 2020/1828 tampoco se observa voluntad de legislador de la Unión de excluir tal posibilidad, siendo significativo, de una parte, su considerando 49, en el que establece que se debe “obligar a las entidades habilitadas a proporcionar información suficiente *para fundar las acciones de representación* para obtener medidas resarcitorias, incluida una descripción del grupo de consumidores afectados por la infracción” (énfasis añadido) —datos destinados a sustentar su demanda y a los que, en ocasiones, solo se podrá acceder si quien los tiene en su poder los exhibe—; y, de otra parte, también resulta significativo su considerando 68, que califica las pruebas como “esenciales para determinar si una acción de representación para obtener medidas de cesación o medidas resarcitorias está fundada”. Adicionalmente, los objetivos que persigue la Directiva 2020/1828, a saber, facilitar que las entidades habilitadas puedan ejercer acciones de representación —sorteando los obstáculos derivados de la asimetría de información propia de estos litigios—, y garantizar, de ese modo, un alto nivel de protección de los consumidores en el mercado interior, también justifican que las solicitudes de acceso a fuentes de prueba puedan presentarse —y obtenerse— con carácter previo a la interposición de la demanda.

³⁵ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartados 34 a 38.

³⁶ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartados 39 a 47.

2. LOS REQUISITOS PARA QUE SEA POSIBLE ORDENAR LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS A LA CONTRAPARTE O A UN TERCERO CONFORME AL ART. 18 DE LA DIRECTIVA 2020/1828

En esencia, el art. 18 exige tres requisitos para que quepa ordenar esta exhibición de pruebas a la otra parte o a un tercero. El primer requisito, que se exigirá solo a la entidad habilitada demandante —incluida, en especial, a la demandante en potencia—, consiste en aportar pruebas de las que “razonablemente” disponga y que resulten ser “suficientes” para avalar el ejercicio de una acción de representación; tanto el carácter razonable como suficiente habrán de ser modulados por los legisladores y/o por los jueces nacionales, sin perjuicio de que el TJUE termine considerándolos conceptos autónomos del Derecho de la Unión e interpretándolos a los efectos de esta Directiva —algo que, nos atrevemos a aventurar, es bastante probable que suceda—.

El segundo requisito resulta exigible tanto a la entidad habilitada demandante —o potencialmente demandante—, como al empresario demandado; esta condición impuesta a ambas partes del proceso implica indicar en la solicitud “otras pruebas” que obren en poder de la contraparte o de un tercero, requiriéndose que las mismas sean “pertinentes”. Es interesante el hecho de que, tanto en la parte dispositiva como en la no vinculante, el único calificativo que deben presentar las pruebas solicitadas es el de ser “pertinentes”. Sin embargo, no se concreta ni en qué podrán consistir tales pruebas —por lo que cabe entender que no hay limitación en cuanto a su tipología— y tampoco se prevé, como sí hace el art. 5 de la Directiva 2014/104, la posibilidad de solicitar la exhibición bien de “piezas específicas de prueba”, o bien de “categorías pertinentes de pruebas” —por lo que, en la medida en que se remite a que esto se realizará conforme a las normas procesales nacionales, habrá que estar a lo que cada legislador interno haya establecido, circunstancia que, a falta de armonización, podrá traer aparejada la fragmentación de lo que se puede pedir como prueba en los distintos Estados miembros en una norma que regula, entre otras cuestiones, el ejercicio de acciones de representación de carácter transfronterizo—.

El tercer requisito determina que la orden de exhibición de pruebas solo será posible si esta respeta las normas, tanto de la UE como nacionales, que resulten aplicables en materia de proporcionalidad y de confidencialidad. Una condición que, en realidad, nos remite a otras disposiciones legales —no previstas en esta Directiva—, sin añadir mayor detalle sobre cuáles son, exactamente, las mismas. En los considerandos podemos encontrar alguna

referencia adicional, como el imperativo de tener en cuenta la protección de los intereses legítimos de terceros o la obligación de que el tribunal valore antes de ordenar la exhibición de pruebas la necesidad, el alcance y la proporcionalidad de la medida (*vid.*, considerando 68). Se trata de unos términos que, sin ser completamente idénticos a los utilizados en la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la competencia, recuerdan a esta norma de derecho derivado, por lo que nos parece previsible que conduzcan a los legisladores nacionales —como pretende ser el caso de España—, y a los jueces de los Estados miembros, a considerarlos en la misma línea aun cuando las solicitudes de exhibición respondan a realidades diferentes.

3. LA OBLIGACIÓN DE SANCIONAR LOS INCUMPLIMIENTOS Y LAS NEGATIVAS A CUMPLIR LAS ÓRDENES DE EXHIBICIÓN DE PRUEBAS EMITIDAS CON BASE EN LA DIRECTIVA 2020/1828

En relación con las sanciones, el art. 19 de la Directiva 2020/1828 se limita a imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para establecer y garantizar su aplicación en caso de incumplimiento o de negativa a cumplir con las órdenes de exhibición de pruebas emitidas con base en el art. 18; a lo indicado añade que tales sanciones habrán de ser efectivas, disuasorias y proporcionadas. Es necesario acudir al considerando 69 donde, con una redacción poco clara, se reafirma que las sanciones deben preverse para los supuestos de incumplimiento o de negativa a cumplir la orden de exhibir pruebas, y añade que estas pueden consistir en multas —p. ej., multas condicionales, pagos periódicos o multas coercitivas— o en “otro tipo de sanciones”, mencionando de un modo expreso y único, a título ejemplificativo, las “consecuencias procesales”.

Es necesario matizar que, si bien en el texto del mencionado considerando la posibilidad de imponer multas a modo de sanción se refiere únicamente a los casos en que el empresario incumple o se niega a cumplir una medida de cesación, debemos interpretar que estas son igualmente aplicables cuando el incumplimiento o la negativa recaen sobre la orden de exhibir pruebas. Realizamos esta interpretación porque el legislador utiliza los términos “*También se debe poder aplicar otro tipo de sanciones*” (énfasis añadido), lo que da a entender que las primeras, consistentes en multas, las incluye entre las aplicables a los casos en que se solicita y se obtiene la exhibición de pruebas. Todo lo anterior nos permite concluir que, también en el caso de las sanciones, la similitud entre ambos textos —en especial, la exigencia de que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias—, condu-

cirá a los legisladores nacionales —v. *gr.*, el español— a prever un régimen similar, cuando no idéntico, al de las acciones por daños derivados de conductas anticompetitivas.

V. DIFERENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS PREVISTA EN LA DIRECTIVA 2014/104 Y LA INTRODUCIDA POR LA DIRECTIVA 2020/1828

Al regular el acceso a las fuentes de prueba en los procesos para el ejercicio de acciones colectivas, el PLAC ha previsto un nuevo art. 838 de la LEC que consiste, en esencia, en una copia mínimamente adaptada del art. 283.bis a) y en una remisión expresa a sus apartados b), d) a h) y k) —esto es, excluyendo, además de la disposición relativa a los gastos y caución, las que se refieren a la exhibición de las pruebas contenidas en el expediente de una autoridad de la competencia—. Por ese motivo nos interesa detenernos en los arts. 5 y 8 de la Directiva 2014/104 —de los que surge parte del art. 283.bis de la LEC— a efectos de comprobar si el legislador de la Unión reguló estas cuestiones en términos similares a los utilizados en los arts. 18 y 19 de la Directiva 2020/1828.

Sobre las diferencias entre las previsiones de una y otra norma de derecho derivado por lo que respecta al instrumento que permite el acceso a fuentes de prueba ya se pronunció GASCÓN INCHAUSTI poco después de la adopción de la Directiva 2020/1828. A este respecto, refiriéndose a la regulación del acceso a las fuentes de prueba en la norma que armoniza las acciones de representación, el autor apuntaba “no aspira a mostrarse en este punto especialmente incisiva, a pesar de que contaba para ello con el modelo diseñado en 2014 para las acciones de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de competencia. Ahora, sin embargo, el legislador europeo parece decantarse por un tono más bien admonitivo y pacato. Reconoce el deber de los Estados miembros de permitir que las entidades habilitadas puedan acceder a pruebas en poder del demandado o de terceros, pero sin mucho detalle y con sujeción a ciertas condiciones”³⁷.

³⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, núm. 2, 2020, págs. 1312 y 1313.

Sin cuestionar la exhaustividad del régimen previsto en el art. 283.bis³⁸, su vocación de aplicación general³⁹, ni su aptitud para funcionar sin necesidad de adaptaciones en cualquiera de los procedimientos comunes que regula la LEC, la finalidad última de la comparativa que desarrollamos a continuación es la de llegar a una conclusión sobre si la remisión que pretende hacer el legislador español tiene plenamente encaje (opción 1), si convendría haber introducido un régimen propio para el acceso a fuentes de prueba en el marco del ejercicio de acciones colectivas (opción 2) o si tiene un encaje parcial por lo que sería suficiente con adaptaciones *ad hoc* —en mayor o menor medida— respecto de su regulación en las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia (opción 3).

A este propósito, en relación con el Anteproyecto de Ley de acciones de representación de enero de 2023 —cuya propuesta de nuevo art. 838 de la LEC era idéntica a la contenida en el Proyecto de Ley de Acciones Colectivas de marzo de 2025—, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA ya criticó el hecho de que reprodujera de un modo idéntico algunos apartados del art. 283.bis y se remitiera para otras cuestiones a lo regulado en esta disposición. La autora calificó lo previsto en esta propuesta preliminar de “redacción que adolece de técnica legislativa”⁴⁰, defendiendo la necesidad de “una regulación más detallada en este aspecto”, puesto que las situaciones jurídicas que contempla el art. 283.bis no son exactamente iguales a las que se dan en los procesos para el ejercicio de acciones colectivas⁴¹.

³⁸ En este sentido, SCHUMANN BARRAGÁN lo considera “el sistema de acceso a fuentes de prueba más completo en el ordenamiento procesal español” [SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Información confidencial y proceso civil. Las inmunidades procesales en materia probatoria*, ed. Atelier, 2025, pág. 52].

³⁹ A la generalización de este instrumento procesal en el ordenamiento jurídico español podría contribuir, como ya ha señalado GASCÓN INCHAUSTI, el hecho de que en los arts. 283.bis.a) a k) de la LEC se prevea “una suerte de «parte general» que, en cualquier momento futuro, podría servir de base para una extensión de las medidas de acceso a fuentes de prueba a otros sectores del ordenamiento o, incluso, a todos” [GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley mercantil*, núm. 38 (julio-agosto), 2017, pág. 8].

⁴⁰ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: La proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la directiva (UE) 2020/1828...”, *op. cit.*, pág. 176.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 177.

1. EL PRINCIPIO DE PRUEBA QUE SUSTENTA LA SOLICITUD DE EXHIBICIÓN DE PRUEBAS: UNA CUESTIÓN DE MATICES CON NIVEL DE EXIGENCIA A LA BAJA EN LA DIRECTIVA 2020/1828

En cuanto al primer requisito para que pueda ordenarse la exhibición de pruebas a la contraparte o a un tercero, la Directiva de acciones colectivas exige que la demandante “haya aportado pruebas razonablemente disponibles, suficientes para respaldar una acción de representación”. A este propósito, GASCÓN INCHAUSTI entiende que la entidad habilitada que solicita el acceso a las fuentes de prueba debe acreditar “al menos indiciariamente, la procedencia de la acción [...] una suerte de *fumus boni iuris* de su pretensión, que evite la utilización de esta herramienta para llevar a cabo investigaciones prospectivas”, a lo que añade que son pruebas de las que puede disponer la entidad habilitada las que le hayan facilitado los consumidores individuales⁴².

Por su parte, la Directiva de daños presenta una redacción distinta y más completa que, a su vez, podría interpretarse como más exigente; así en esta norma se requiere que la demandante “haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños”⁴³. Considera GASCÓN INCHAUSTI que con este requisito se exige al solicitante que aporte “un principio de prueba que acredite una apariencia de derecho a su favor” a lo que añade “no bastan argumentos, sino que cabe esperar la aportación de pruebas, aunque sean indiciarias”⁴⁴.

El recurso a términos distintos en una y otra —cuando nada hubiera impedido usar en la norma 2020 los mismos que en la de 2014, si es que esa era la intención del legislador de la UE—, junto al hecho de que, si bien son conceptos que se diferencian por matices, todos los utilizados en materia de daños implican un nivel de exigencia superior a los empleados para las acciones colectivas, nos conduce a considerar que los tribunales españoles

⁴² GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *op. cit.*, pág. 1313.

⁴³ Sobre cómo ha de interpretarse este requisito en la solicitud de acceso a fuentes de prueba en acciones por daños realizada tanto por el demandante como por el demandado, *vid.*, HERRERA PETRUS, C., “Breve caracterización de la medida, de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines”, *op. cit.*, págs. 1256 a 1257.

⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños...”, *op. cit.*, pág. 4.

que conozcan de solicitudes de acceso a fuentes de prueba presentadas por entidades habilitadas con vistas a/en el marco del ejercicio de una acción colectiva, deben someter el material probatorio que sostiene la acción y sus posibilidades de éxito a un grado de exigencia inferior al requerido en las solicitudes de acceso a fuentes de prueba presentadas por particulares en caso de daños por conductas anticompetitivas.

A pesar de lo apuntado, sorprende que en el PLAC el legislador español haya optado por reproducir en el proyectado art. 838.1 de la LEC los términos de la Directiva de 2014 y no, en cambio, los de la Directiva de 2020 que era la que debía transponer y que, como es sabido, regula específicamente la exhibición de pruebas en los procesos para el ejercicio de acciones colectivas. Así, copiando las expresiones ya previstas en el art. 283.bis.a).1 de la LEC para las acciones por daños derivados de conductas anticompetitivas —disposición que, a su vez, copia el art. 5.1 de la Directiva de daños—, podemos observar que se reproduce exactamente la exigencia de que la entidad habilitada “haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones colectivas”. En otras palabras, no parece que el legislador español haya considerado conveniente introducir los matices a la baja que, en nuestra opinión, diferencian la regulación de una norma de derecho de derivado de otra.

Como apuntamos *infra* con mayor detalle, consideramos que los tribunales españoles no estarán obligados a respetar la jurisprudencia procedente de Luxemburgo en relación con el art. 5 de la Directiva 2014/104 cuando apliquen el art. 838 de la LEC; sin embargo, entendemos que es interesante conocer el modo en que el TJUE ha interpretado el apartado primero de esta norma de Derecho de la Unión en el asunto *Ius Omnibus*, puesto que en la medida en que la redacción es idéntica, nuestros órganos jurisdiccionales podrían, *mutatis mutandis*, tomar en consideración estas aclaraciones al resolver sobre peticiones de exhibición de pruebas en materia de acciones colectivas. Así, en su respuesta a las cuestiones prejudiciales, el TJUE se centra en aclarar en qué debe consistir la exigencia de “una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños”, prevista en el art. 5.1 de la Directiva de daños como requisito para solicitar —y obtener— el acceso a las fuentes de prueba en poder de la otra parte o de un tercero; a partir de esta sentencia es posible extraer dos ideas relevantes y extensibles a las peticiones de exhibición de pruebas en materia de acciones colectivas.

De una parte, la idea de que para obtener el acceso a las fuentes de prueba es necesario demostrar la concurrencia de tres requisitos, a saber (1) la probabilidad de que se haya cometido una infracción —en el caso de las acciones colectivas, la infracción de las normas que protegen a los consumidores y usuarios—, (2) la probabilidad de que tal infracción haya causado un daño —en el caso de las acciones colectivas resarcitorias, un daño que haya afectado a los consumidores y usuarios por los que actúa la entidad habilitada—, y, (3) la probabilidad de que exista una relación de causalidad entre el daño ocasionado y la infracción cometida⁴⁵. De otra parte, la explicación del concepto “viabilidad”, excluyendo que quepa exigir que se demuestre un grado particularmente elevado de probabilidad de que concurran los tres requisitos⁴⁶, sosteniendo que el nivel probatorio requerido para acceder a las pruebas debe ser inferior al exigido para obtener una sentencia favorable sobre el fondo⁴⁷, y defendiendo que el demandante —o potencial demandante— no puede ser obligado a demostrar que es más probable que improbable que se den los tres requisitos apuntados⁴⁸. Con base en esto, concluye el TJUE que, a efectos de demostrar la viabilidad de una acción —en el caso, por daños—, es suficiente con que se demuestre que la hipótesis de que concurran estos tres requisitos es razonablemente aceptable⁴⁹.

2. LA NO PREVISIÓN DE LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA EXHIBICIÓN DE “CATEGORÍAS DE PRUEBAS” EN LA DIRECTIVA 2020/1828 NO DEBE IMPEDIR QUE LO PERMITAN LOS LEGISLADORES NACIONALES

Respecto del segundo requisito, hemos apuntado que la Directiva de acciones de representación requiere que en la solicitud se indiquen “otras pruebas” de las que disponga la otra parte o terceros que sean “pertinentes”. También hemos anticipado que la Directiva de daños ofrece una redacción más amplia —y menos estricta— al permitir no solo que se ordene —y con ello, entendemos, que se solicite por la parte— la exhibición de “piezas específicas de prueba”, sino también de “categorías pertinentes de pruebas”. Destaca, en especial, el considerando 16 de la Directiva 2014/104, en

⁴⁵ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartados 49 y siguientes, en especial, apartado 72.

⁴⁶ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartado 77.

⁴⁷ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartado 79.

⁴⁸ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartado 86.

⁴⁹ STJUE, C-286/24, de 29 de enero de 2026, ECLI:EU:C:2026:49, apartado 88.

el que se matiza cómo ha de concretarse la *categoría de pruebas*, indicando que esta debe identificarse *mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos* —e incluyendo entre estos criterios, a modo ejemplificativo, la naturaleza, el objeto, el contenido de los documentos o el momento en que se hayan redactado—, y recordando que, en todo caso, *deben definirse de la manera más precisa y concreta posible sobre la base de los hechos razonablemente disponibles*.

En la doctrina, a propósito de la regulación del acceso a las fuentes de prueba en las acciones por daños anticompetitivos, MORENO CATENA ha proporcionado una definición de ambos elementos, *piezas específicas de prueba* y *categorías pertinentes de pruebas*, distinguiendo uno de otro y ofreciendo ejemplos de cada uno de ellos. De este modo, por *pieza específica de prueba* el autor considera que debe entenderse “una fuente determinada (un dato, un documento o un archivo concreto cuya exhibición se solicita)”, mientras que las *categorías pertinentes de prueba* implicarían “una parte o un fragmento de un documento o conjunto documental, como podría ser una selección de correos bajo determinados parámetros de búsqueda o definición”⁵⁰.

Por su parte, ORMAZABAL SÁNCHEZ utiliza la previsión de ambos elementos en el art. 283.bis.a) de la LEC —resultado de la transposición del art. 5.2 de la Directiva 2014/104— para admitir cierta actividad de investigación mediante el instrumento procesal de acceso a las fuentes de prueba. El autor mantiene “El legislador no se refiere exclusivamente a documentos (o a la de medios e instrumentos informáticos) aunque probablemente está pensando en dicha clase de fuente probatoria [...]. Si se tratase de aportar documentos cuya existencia y contenido constasen al actor, no sería preciso distinguir entre *piezas específicas de prueba* y *categorías pertinentes de prueba*”, a lo que añade “La mayor acotación o especificación posible parece referida a las *categorías pertinentes*, no a las *piezas específicas*, pues, por definición, lo específico, concreto o determinado no precisa de ulterior limitación o acotación”⁵¹, aclaración que contribuye a que nos reafirmemos

⁵⁰ MORENO CATENA, V., “Algunas cuestiones sobre el acceso a fuentes de prueba en reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, en *Práctica judicial ante las reclamaciones de daños por infracciones de Derecho de la Competencia*, por Gómez Trinidad, S. (dir.), Wurmnest, W. (coord.), ed. La Ley – Wolters Kluwer, 2021, pág. 271.

⁵¹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba”, *op. cit.*, pág. 277.

en las diferencias existentes entre ambas y en la oportunidad de reconocer en materia de acciones colectivas ambos tipos de solicitudes.

Así, si bien desde Bruselas no se ha previsto esta mayor amplitud —o menor concreción— al solicitar la exhibición de pruebas en materia de acciones colectivas, debemos apuntar que ello ha de permitirse también en estos supuestos —si no por los legisladores nacionales sí, al menos, por los tribunales que reciban las solicitudes de exhibición de pruebas procedentes de la entidad habilitada o del empresario—⁵². Lo que hemos defendido se sustenta en dos ideas, de una parte, la remisión del art. 18 de la Directiva 2020/1828 a las normas procesales nacionales, en las cuales, como resultado de la transposición de la Directiva de 2014, se debe prever la posibilidad de solicitar “categorías de pruebas” (sin olvidar que esto, en principio, se habrá reducido a las acciones por daños derivados de conductas anticompetitivas); y, de otra parte, por el hecho de que obligar a indicar —y, por tanto, a conocer— las pruebas específicas en procesos de alcance colectivo, puede restar virtualidad a la medida de acceso y terminar provocando que no sea posible la tutela efectiva de los derechos lesionados.

Respecto de la primera idea —esto es, la existencia de normas que permitan solicitar *categorías de pruebas*—, no debemos descartar la posibilidad de que el legislador nacional haya optado por extender a todo proceso civil —y no solo a las acciones por las que se reclama el resarcimiento de daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia—, esta forma de indicar las pruebas cuya exhibición se solicita. Esto podría haberse hecho, por ejemplo, siguiendo las *Model European Rules of Civil Procedure* propuestas por ELI/UNIDROIT⁵³ cuya *Rule 102* permite: “(a) identificar, con la mayor precisión posible atendiendo a las circunstancias del caso, las fuentes específicas de prueba a las que se solicita el acceso, o, alternatively, (b) identificar categorías de pruebas claramente definidas, refiriéndose a su naturaleza, contenido o fecha” (traducción libre de la autora).

⁵² En el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI quien sostiene “debería bastar con exigir a la entidad solicitante que defina del modo más preciso posible el tipo de pruebas a las que pretende acceder, pues reclamar una identificación perfecta convertiría al instrumento en inoperante” [GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *op. cit.*, pág. 1313].

⁵³ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, from transnational principles to European rules of civil procedure (disponible en la página web del ELI: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf, última consulta, 23 de marzo de 2026).

Es oportuno recordar que esa fue la intención de la Comisión General de Codificación con su Propuesta de Ley para la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE, así, en el art. 283.bis.d) de este intento fallido por extender a todo proceso civil el instrumento que permite al acceso a las fuentes de prueba, se establecía: “El solicitante habrá de identificar, con la mayor precisión posible, atendidas las circunstancias del caso, las concretas fuentes de prueba a las que pretende acceder *o, en su defecto, categorías de pruebas delimitadas por su naturaleza, contenido o fecha*. El tribunal denegará en todo caso las solicitudes que supongan búsquedas indiscriminadas de información” (énfasis añadido).

En el caso de España, nuestro legislador ha optado por copiar para las acciones colectivas el art. 5.2 de la Directiva 2014/104 —como ya hiciera en su transposición mediante el art. 283.bis.a).2 de la LEC—. En consecuencia, si finalmente el proyectado art. 838.2 de la LEC se aprueba sin modificaciones a este respecto, también en este tipo de acciones cabrá solicitar las pruebas que se acrediten pertinentes en tales términos: bien de un modo específico, o bien recurriendo a categorías de pruebas, una opción que, sin lugar a duda, constituye un acierto del legislador español que ha elaborado el PLAC.

Así, de aprobarse el art. 838.2 de la LEC tal y como ha sido proyectado, tendríamos una regulación para las acciones colectivas idéntica a la del art. 283.bis.a).2 de la LEC, disposición que, a su vez, procede del art. 5 de la Directiva 2014/104. Es precisamente esta norma de Derecho de la Unión la que ha tenido ocasión de ser objeto de interpretación por el TJUE en el asunto *PACCAR*, considerando los jueces de Kirchberg que la referencia realizada en su apartado primero a las pruebas pertinentes que el demandado o un tercero tenga en su poder incluye “las pruebas que la parte frente a la que se dirige la solicitud de exhibición de pruebas deba crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder, siempre y cuando se respete estrictamente el artículo 5, apartados 2 y 3, de dicha Directiva, que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes el deber de limitar la exhibición de pruebas a lo que sea pertinente, proporcionado y necesario, tomando en consideración los intereses legítimos y los derechos fundamentales de esa parte”⁵⁴.

No hay ninguna duda de que cuando los tribunales españoles apliquen el art. 283.bis en una solicitud de acceso a fuentes de prueba con vistas a/en el marco del ejercicio de una acción por la que se reclama el resarcimiento de daños derivados de conductas anticompetitivas, estarán obligados a res-

⁵⁴ STJUE, C-163/21, de 10 de noviembre de 2022, ECLI:EU:C:2022:863, apartado 69.

petar este y otros pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo en relación con el art. 5 de la Directiva 2014/104 —*v. gr.* la sentencia *Ius Omnibus*—. Sin embargo, si bien nada les impide hacerlo —y ello sería conveniente— esta obligación no es tan explícita cuando apliquen el art. 838 de la LEC a las peticiones de acceso a fuentes de prueba en materia de acciones colectivas, pues en relación con el mismo nuestros tribunales nacionales solo estarán vinculados a respetar la jurisprudencia del TJUE por la que se interprete el art.18 de la Directiva 2020/1828.

3. LOS PARÁMETROS PARA VALORAR LA PROPORCIONALIDAD Y LA CONFIDENCIALIDAD FIJADOS EN LA DIRECTIVA 2014/104 Y LA LABOR DE LOS TRIBUNALES ADAPTÁNDOLOS A LAS CIRCUNSTANCIAS PROPIAS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

El tercer requisito impuesto por la Directiva 2020/1828 se articula mediante una remisión a las normas de la UE y nacionales aplicables en materia de proporcionalidad y de confidencialidad, de modo que solo será posible ordenar la exhibición de pruebas si estas previsiones se respetan. La principal diferencia entre la norma que armoniza las acciones de representación y la que hace lo mismo en materia de daños por conductas contrarias al Derecho de la competencia radica en la concreción de cuáles son las condiciones que habrán de respetarse o de cómo valorar el respeto de la proporcionalidad y de la confidencialidad.

De este modo, en el art. 5.3 de la Directiva 2014/104 se establecen las pautas para valorar si ordenar determinada exhibición de pruebas merece el calificativo de proporcionado. A tal fin, se requiere que se tengan en cuenta no solo los intereses legítimos de los terceros interesados —como hemos visto que se exige en el considerando 68 de la Directiva 2020/1828—, sino también los de todas las partes del proceso. Lo anterior se concreta en la exigencia de atender, en especial, al fundamento —en hechos y en pruebas— de las pretensiones del solicitante, al alcance de la exhibición —que no sean búsquedas indiscriminadas— y a su coste —sobre todo si hay terceros afectados—, así como al carácter confidencial de la información a la que se pretende acceder; cuestiones a las que se añade, de un modo expreso en el art. 5.5, que el interés de la empresa en evitar ser demandada no es una circunstancia que quepa considerar al adoptar una decisión.

Por último, y en cuanto a la confidencialidad, el art. 5.4 de la Directiva 2014/104 nos recuerda que este no es un criterio absoluto para denegar la exhibición, pudiendo el tribunal ordenarla, aunque las pruebas revistan tal carácter, siempre que, a su vez, se dote a esta actuación de medidas que

permitan garantizar su protección —es el considerando 18 el que concreta, a título de ejemplo, en qué pueden consistir estas medidas, incluyendo, entre otras, disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas o encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial—. Ahora bien, no olvida el legislador de la UE en el art. 5.6 que existen los denominados “privilegios profesionales”, esto es, unas prerrogativas legalmente reconocidas que implican la protección de una confidencialidad que habrá de respetarse por encima de toda solicitud de exhibición de pruebas.

Esta regulación que recoge la Directiva de daños, y que ayuda a valorar la proporcionalidad y la confidencialidad de lo solicitado, nos parece completamente extrapolable a las órdenes de exhibición de prueba en materia de acciones colectivas. Así lo ha entendido también el legislador español, quien, en primer lugar, con el proyectado art. 838.3 de la LEC copia y pega el art. 5.3 de la Directiva 2014/104 —como ya hiciera en el art. 283.bis.a).3 de la LEC para las acciones por daños— y, en segundo lugar, remitiéndose mediante el art. 838.4 de la LEC a la aplicación de su art. 283.bis.b) en materia de confidencialidad, consigue que los parámetros definidos por la Directiva de daños se extiendan a las solicitudes de exhibición de pruebas en procesos para el ejercicio de acciones colectivas.

La defensa que hemos realizado de la posibilidad de extender a las acciones colectivas las pautas previstas en materia de daños para valorar si la orden es proporcionada, así como para determinar si la información confidencial ha de exhibirse y sujeta a qué medidas, entendemos que se justifica por el hecho de que, a quien corresponde efectuar el examen de ambos criterios, en cada caso concreto, es al tribunal que conoce de la solicitud de exhibición de pruebas. A este respecto, la labor del tribunal es relevante ya que podrá modular a las circunstancias propias de las acciones colectivas —que no tienen por qué ser las mismas que las de las acciones por daños— los elementos que se le proporcionan a efectos de considerar si concurre la proporcionalidad y si la confidencialidad puede ser exceptuada.

Así, un ejemplo de esas circunstancias propias de las acciones colectivas, que se da con carácter general en todos los Estados miembros, es el hecho de que el tercero cuyos datos personales se revelan en cumplimiento de la orden puede ser —o es potencialmente— un perjudicado por la conducta del empresario y, por ello, un eventual reclamante de resarcimiento —algo que, al ponderar los distintos elementos, resta peso a la afectación

que pueda causarle el exhibir la información confidencial—. Otro ejemplo de circunstancia propia de las acciones colectivas, que se da en particular en el régimen que ha previsto España, consiste en que los costes de la exhibición de pruebas como ítem para valorar su proporcionalidad habrán de ser dotados de un peso mayor al ponderar los distintos elementos, ello porque nuestro legislador ha previsto en el proyectado art. 838.5 de la LEC que no serán objeto de reembolso los gastos que el cumplimiento de la orden de exhibición ocasione al requerido.

4. LA POSIBILIDAD DE ORDENAR LA EXHIBICIÓN DE PRUEBAS INAUDITA PARTE: DEL SILENCIO EN LA DIRECTIVA 2020/1828 A LAS DISPOSICIONES NACIONALES QUE ESTABLEZCAN UN SISTEMA DE EXHIBICIÓN MÁS AMPLIO

Es interesante destacar que la Directiva 2014/104, en su art. 5.7, establece como obligatorio la previsión de un trámite de audiencia a favor de quienes han de exhibir las pruebas, matizando que los Estados miembros habrán de garantizar que las personas requeridas “puedan ser oídas antes de que el órgano jurisdiccional nacional ordene dicha exhibición” —e, incluso, prohíbe la adopción de normas internas que impliquen un sistema de exhibición más amplio si es en detrimento de la obligación de oír de antemano a quien tiene las pruebas en su poder—. Se trata, por tanto, de una exigencia prevista para las órdenes de exhibición de pruebas que se soliciten con vistas a/en el marco de acciones para la reclamación del resarcimiento por daños derivados de conductas contrarias al Derecho de la competencia, sin embargo, nada se dice al respecto en la Directiva 2020/1828.

De entrada, debemos plantearnos si al transponer esta norma de derecho derivado que armoniza las acciones de representación cabría introducir la posibilidad de que se ordenara la exhibición de las pruebas sin oír a la persona que las tiene en su poder. Es cierto que la concesión de medidas *inaudita parte* supone una excepción a la regla general —y al derecho fundamental— consistente en que quien debe defenderse frente a la misma sea oído por el tribunal antes de decidir sobre su adopción; en consecuencia, ello solo sería posible si está legalmente previsto. Ahora bien, el hecho de que el legislador de la UE no haya realizado referencia alguna a esta posibilidad en la Directiva 2020/1828 no significa que los legisladores nacionales no puedan, al realizar su transposición, reconocerla en sus ordenamientos jurídicos internos; ello es así porque, como es sabido, esta fuente de derecho derivado es una norma de mínimos y no impide —es más, pretende— que al regular la exhibición de pruebas los Estados miembros establezcan

un régimen más amplio del alcanzado mediante consenso en Bruselas — algo que podría realizarse, entre otros, incorporando la posibilidad de ordenar que sean exhibidas sin oír con carácter previo a quien las tiene en su poder—.

A lo indicado debemos añadir que la previsión expresa en el art. 5.7 de la Directiva 2014/104 no era necesaria, pues, como hemos apuntado, es parte de los derechos de la defensa el poder expresarse ante el tribunal antes de que este adopte cualquier medida que pueda afectarle. Sin embargo, el hecho de que el legislador de la UE, de una parte, establezca como obligación para los Estados miembros el garantizar que, con carácter previo a ordenar la exhibición, se dé audiencia a quien tenga las pruebas en su poder (art. 5.7), y, de otra parte, insista en que, siendo posible prever normas nacionales que conduzcan a un sistema de exhibición más amplio de las pruebas, estas deberán respetar la exigencia de oír al requerido (art. 5.8), da a entender que en las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia su postura es la de evitar que al transponer la Directiva se exceptúe este derecho a favor de la parte o del tercero que esté en disposición del material probatorio.

En cambio, pudiendo haber fijado en la Directiva 2020/1828 unas exigencias equivalentes a las de la norma que regula las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia, el legislador de la UE no lo ha hecho. Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que el régimen de la exhibición de pruebas en procesos para el ejercicio de acciones colectivas no solo rebaja los estándares de la Directiva de daños, sino que, además, deja abierta la puerta a permitir, siempre con carácter excepcional y con previsión legal que lo habilite —resultado de la transposición de la norma—, que los tribunales nacionales ordenen que las pruebas sean exhibidas sin dar previa audiencia a la persona requerida.

A este respecto los legisladores nacionales podrían seguir la propuesta realizada en la *Rule 107* de las *Model European Rules of Civil Procedure propuestas por ELI/UNIDROIT*, donde, al referirse al proceso para la adopción de estas órdenes, establece en su apartado segundo la posibilidad de que “solo en casos muy excepcionales” sean concedidas sin informar —ni, por tanto, dar audiencia previa—, al requerido. Ahora bien, la propia disposición concluye que, cuando se haya procedido de este modo, posteriormente el tribunal deberá oír a las partes y a los terceros afectados en una audiencia de la que habrán sido informados —audiencia cuya finalidad será revisar la orden adoptada—. Recalcando el carácter excepcional de esta adopción *inaudita parte*, los comentarios de la *Rule 107(2)* establecen que esto podrá

utilizarse, por ejemplo, si existe “necesidad urgente” en obtener la orden ya que, de lo contrario, retrasarla podría frustrar la finalidad perseguida o facultar la ocultación o destrucción de las pruebas⁵⁵.

En cualquier caso, esta no parece haber sido la opción seguida por el legislador español en el PLAC, por lo que cuando se pida la exhibición de pruebas con vistas a/en el marco de un proceso en el que se ejercen acciones colectivas, no será posible que estas sean adoptadas sin dar audiencia a la persona que las tenga en su poder —y, si se trata de un tercero, también a la parte del proceso, demandante o demandado, contraria a la que ha presentado la solicitud—. Realizamos esta afirmación porque, el proyectado art. 838.5 establece que será de aplicación a estas medidas el art. 283.bis.f) de la LEC, esto es, el procedimiento que rige para la exhibición de pruebas en las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia se aplicará, en idénticos términos, a la exhibición de pruebas en las acciones ejercidas por entidades habilitadas en defensa de intereses colectivos.

De este modo, el art. 283.bis.f) de la LEC, respetando el art. 5.7 de la Directiva 2014/104 —para cuya transposición fue adoptado—, establece que se citará a una vista oral a todas las partes —entendidas como el demandante, el demandado y, cuando no coincida, el tercero que dispone de las pruebas— y no prevé, en ningún supuesto, ni siquiera cuando exista una necesidad urgente, la posibilidad de que se ordene la exhibición sin dar audiencia a quien tenga las pruebas en su poder. Quizá convendría haber previsto en el propio art. 838 de la LEC que, si bien el procedimiento a seguir será el del 283.bis.f), en el caso de las acciones colectivas, cuando por motivos de urgencia —u otros legalmente previstos— sea aconsejable, podrá ordenarse que se exhiban las pruebas sin oír a la persona frente a la que se presenta la solicitud.

5. LAS DISTINTAS CONDUCTAS REPROCHABLES Y SU RÉGIMEN DE SANCIONES: LA DIRECTIVA 2014/104 COMO INSTRUMENTO PARA COLMAR LAS LAGUNAS DE LA ARMONIZACIÓN EN MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS

Hemos destacado la parquedad con que la Directiva 2020/1828 regula tanto las conductas merecedoras de reproche en el marco de una solicitud de exhibición de pruebas, como las sanciones que estos comportamientos

⁵⁵ Las expresiones que aparecen entrecomilladas son resultado de la traducción libre de la autora.

pueden traer aparejadas como consecuencia. No sucede del mismo modo en la Directiva 2014/48 donde, quizá motivado, entre otros, por el hecho de exigir que se respete en todo caso el trámite de audiencia previa al requerido, el legislador de la UE armoniza con mayor nivel de detalle ambos extremos en el marco de las acciones por daños derivados de conductas anticompetitivas.

5.1. Las cuatro conductas sancionables en relación con las órdenes de exhibición de pruebas

Por lo que respecta a las conductas que pueden ser merecedoras de sanción en el marco de una solicitud de exhibición de pruebas, la Directiva de daños distingue cuatro supuestos distintos. El primero, es el incumplimiento o la negativa a cumplir una orden de exhibición de pruebas dictada por un tribunal —*a priori*, esta parece ser la única conducta que contempla el art. 19 de la Directiva 2020/1828 como merecedora de sanción—. El segundo es la destrucción de pruebas que sean pertinentes —acto sobre el que no dice nada el art. 19 de la Directiva 2020/1828, aunque podría subsumirse en el incumplimiento de la orden, al tratarse de la consecuencia directa y más relevante de eliminar de manera deliberada las pruebas—. Hasta aquí, el único autor de las conductas que se tipifican como sancionables es el requerido para exhibir las pruebas, pudiendo extenderse las sanciones, como establece el art. 8.1 de la Directiva 2014/104, sobre la parte, el tercero y los representantes legales de cualquiera de estos.

A diferencia de lo anterior, el autor de las dos conductas restantes será un sujeto distinto: la parte que ha solicitado y se beneficia de la exhibición de pruebas —incluidos también sus representantes legales—. De este modo, el tercer supuesto que es merecedor de sanción es el incumplimiento o la negativa a cumplir las obligaciones en materia de protección de información confidencial impuestas por resolución judicial; es cierto que podría pensarse que la Directiva 2020/1828 no tipifica como sancionables estas conductas, pero en nuestra opinión, el laconismo de su art. 19.1.b), leído de manera conjunta con su art. 18 lo prevé, incluso, de un modo expreso. Así, la Directiva de acciones colectivas obliga a los Estados miembros a establecer “el régimen de sanciones aplicables al incumplimiento o la negativa a cumplir [...] b) las obligaciones a que se refiere el artículo 18”; por su parte, el art. 18 prevé que se ordene la exhibición de las pruebas “sin perjuicio de las normas de la Unión y nacionales aplicables en materia de confidencialidad y proporcionalidad”; en consecuencia, si tales normas contienen obli-

gaciones relativas a la protección de la información confidencial y estas se imponen en el caso concreto en la resolución judicial por la que se ordena su exhibición, un incumplimiento o negativa a cumplir con las mismas por parte de quien se beneficia de la medida —p. ej., dando pública difusión a los datos o facilitándolos a terceros— también habrá de quedar sujeto al régimen de sanciones que haya previsto el legislador nacional.

Finalmente, el cuarto supuesto merecedor de sanción es el incumplimiento de los límites que establece la propia Directiva 2014/104 sobre el uso de pruebas a las que se ha podido acceder mediante la orden de exhibición. Si con carácter general es lógica una previsión de estas características, en el caso de las acciones por daños derivados de conductas anticompetitivas lo es con más motivo, ello porque entre los terceros que pueden ser requeridos se encuentran las autoridades de la competencia —imponiéndose límites expresos al uso de las pruebas obtenidas por esta vía—. Ahora bien, lo anterior no obsta que en materia de acciones colectivas este incumplimiento quede indemne, sobre todo porque no se debe perder de vista que estamos ante una medida de carácter instrumental que solo se justifica por la existencia de un proceso a cuya preparación coadyuva; en consecuencia, cualquier uso al margen del mismo debería ser prohibido y, cuando ello no se respete, castigado —pues, de no ser así, se estaría obviando su instrumentalidad respecto del proceso principal—.

A pesar de lo defendido, es cierto que en la Directiva 2020/1828 no se prevén límites al uso de las pruebas, ni la posibilidad de sancionar su incumplimiento. Sin embargo, siguiendo el razonamiento realizado a propósito de la tercera conducta, cuando las normas de la Unión y las normas nacionales aplicables en materia de confidencialidad y de proporcionalidad impongan límites al uso de las pruebas obtenidas mediante la orden de exhibición —o, en otras palabras, las sujeten al imperativo de no utilizar la información a la que se ha tenido acceso fuera del proceso civil para el que se ha solicitado—, estaremos ante obligaciones a las que se refiere —si bien de un modo indirecto— el art. 18, por lo que el incumplimiento o la negativa a cumplirlas es, asimismo, una conducta merecedora de sanción con base en el art. 19.1.b) de la propia Directiva.

Lo expuesto pone de manifiesto que, según el Derecho de la Unión, las dos conductas que puede realizar el requerido a exhibir las pruebas —incumplir o negarse a cumplir la orden y destruir las pruebas pertinentes—, así como las dos conductas que puede realizar quien se beneficia de la medida —incumplir o negarse a cumplir las obligaciones de confidencialidad y usar las pruebas fuera del proceso civil para el que se solicitaron— pue-

den tener lugar tanto en las acciones por daños —por previsión expresa de la Directiva 2014/104—, como en las acciones colectivas —si bien en este segundo caso ello no se producirá porque lo prevea expresamente la Directiva 2020/1828, sino de una manera indirecta, por remisión a las normas de la Unión o nacionales aplicables en materia de confidencialidad y de proporcionalidad—. Por su parte, el legislador español ha decidido que ambos regímenes sean idénticos al realizar en materia de acciones colectivas una remisión completa, mediante el proyectado art. 838.6 de la LEC, a las normas que regulan el acceso a las fuentes de prueba en las acciones por daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia —art. 283.bis.k) y art. 283.bis.h)—, disposiciones que, si bien son detalladas por lo que respecta a las sanciones, son escuetas al referirse a las conductas que justifican su imposición.

5.2. La previsión de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a las conductas sancionables

En cuanto a las sanciones que pueden recibir las conductas descritas en el apartado precedente, la Directiva de daños, en su art. 8.2, exige que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” tres calificativos que el mismo legislador, seis años después, reprodujo en el art. 19.2 de la Directiva de acciones colectivas. Ahora bien, en la Directiva 2014/104 se había dado un paso más, pues en el mismo texto dispositivo y mediante una enumeración no cerrada, desde Bruselas se obligaba a los Estados miembros a que, cuando el autor de la conducta fuera parte del proceso para el que se solicitaban las pruebas, las sanciones previstas en los ordenamientos internos incluyeran “la posibilidad de extraer conclusiones adversas”, citando, a modo de ejemplo, “presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada” (esto es, la admisión de los hechos que se pretendía probar), “desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente” (del demandante o del demandado, en función de sobre quién recaiga la sanción) y “la posibilidad de condenar en costas” (condena, entendemos, referida al proceso principal, sin perjuicio de que también abarque los costes derivados del incidente de exhibición de pruebas).

De lo anterior debemos destacar dos cuestiones. La primera es que el legislador de la UE se limita a establecer sanciones para quienes sean parte del proceso por el que se ejerce la acción de daños, pero no, en cambio, para los terceros que incumplan, se nieguen a cumplir o destruyan las pruebas solicitadas. Lo indicado no significa que el comportamiento del tercero

haya de quedar exento de castigo, sin embargo, el contenido del mismo queda en manos de lo que decida cada Estado miembro, pudiendo darse la situación, como ha sido el caso de España [art. 283.bis.h) de la LEC], de que no se diferencie en función del autor de la conducta merecedora de reproche y se permita, en la norma nacional que transpone la Directiva, que las consecuencias descritas —esto es, admisión de hechos, desestimación de pretensiones, condena en costas— puedan aplicarse aun cuando no sea ni el demandante ni el demandado del proceso civil el autor de las acciones u omisiones que se castigan —en cualquier caso, es de prever que el tribunal resuelva aplicando de un modo coherente las sanciones que tiene a su disposición—.

La segunda cuestión que debemos destacar es que la Directiva 2014/104 no incluye, entre las sanciones que prevé expresamente, la posibilidad de imponer multas a quienes tengan tales comportamientos. Sin embargo, el recurso a la expresión “Entre ellas se incluirán” para referirse a las sanciones que los Estados miembros pueden establecer, pone de manifiesto que la intención del legislador de la UE en esta norma de mínimos era la de permitir que, más allá de la previsión de las consecuencias allí enumeradas —que sí habrán de trasladarse a los ordenamientos jurídicos internos—, a nivel nacional se regulen otros correctivos frente a tales comportamientos. Como ha hecho el legislador español, tanto para las conductas que afectan a la exhibición de pruebas requerida [art. 283.bis.h) de la LEC], como para los supuestos de infracción de la confidencialidad o de los límites de uso [art. 283.bis.k) de la LEC], tales sanciones pueden ir desde la imposición de multas, hasta la responsabilidad —de tipo civil e, incluso, de tipo penal—.

Dada la similitud existente entre las conductas que pueden darse cuando se solicita la exhibición de pruebas en procesos para el ejercicio de acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia y en procesos para el ejercicio de acciones colectivas por entidades habilitadas, las sanciones que regula con mayor detalle la Directiva 2014/104 pueden extenderse a la Directiva 2020/1828⁵⁶ cuando esta sea transpuesta a los ordenamientos

⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI destaca que en la Directiva 2020/1828 no se exija nada sobre las consecuencias en caso de incumplimiento de la orden de acceso a las fuentes de prueba, lo que apunta como posible “talón de Aquiles del sistema”. Añade el autor que, en comparación con el régimen previsto en la Directiva 2014/104, en materia de acciones colectivas “parece intuirse que el legislador europeo no quiere aquí ser tan prolijo y detallado, pues las previsiones normativas son muy genéricas y quedan supeditadas a la autonomía procesal de los legisladores nacionales” [GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *op. cit.*, pág. 1313].

jurídicos internos. Lo anterior, con mayor motivo, si recordamos el considerando 69 de esta última, dada su falta de nitidez y precisión sobre el modo en que tales conductas podrían sancionarse, al referirse a la posibilidad de aplicar “También [...] otro tipo de sanciones, como, por ejemplo, consecuencias procesales”. Así, las consecuencias procesales que describe el art. 8.2 de la Directiva de daños para los que son parte del proceso resultan perfectamente extrapolables a las solicitudes de exhibición de pruebas que el legislador de la UE ha previsto para las acciones colectivas. Adicionalmente, las *multas* que menciona la Directiva 2020/1828 en sus considerandos, a saber, “multas condicionales, pagos periódicos o multas coercitivas”, constituyen un buen ejemplo de sanciones que se podrían prever, en especial, cuando el autor de la conducta sea un tercero.

Como hemos anticipado, en el PLAC el legislador español nos remite, mediante el proyectado art. 838.6 de la LEC, a las normas sobre acceso a fuentes de prueba en las acciones por daños; en concreto, por lo que se refiere a las medidas correctivas, al art. 283.bis.k) —donde se prevén sanciones frente a las conductas que afectan a la exhibición de pruebas— y al art. 283.bis.h) —que regula las sanciones cuando se infringe la confidencialidad o los límites de uso—. Ambas disposiciones regulan con detalle las sanciones aplicables, no obstante, se trata de una mera remisión —sin introducir especificidad de ningún tipo— realizada a una regulación todavía sectorial —pese al interés inicial de extenderla con carácter general a todos los procesos civiles— y acotada a una materia muy concreta —las reclamaciones de daños por infracción del Derecho de la competencia—.

Por ello, entendemos que se ha desaprovechado la oportunidad de matizar un régimen sancionador que ya ha sido cuestionado; así, en relación con las sanciones previstas en el art. 283.bis.k) de la LEC para la infracción de las obligaciones de confidencialidad derivadas de una orden de exhibición de pruebas en materia de acciones por daños, MORENO CATENA critica el hecho de que se trate de “unas respuestas enormemente duras [...] al menos en la formulación y en la letra de la norma, porque su efectividad práctica resulta en definitiva más que dudosa”, el autor cuestiona el respeto del principio de legalidad por no concretar la sanción en función de la gravedad de los hechos, la no exigencia de proporcionalidad a la hora de determinar la sanción a imponer y la limitación de que solo puedan adoptarse a instancia del perjudicado y no de oficio⁵⁷.

⁵⁷ MORENO CATENA, V., “Algunas cuestiones sobre el acceso a fuentes de prueba en reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, *op. cit.*, págs.

Los referidos matices a las sanciones aplicables a las cuatro conductas descritas cuando se solicita el acceso a fuentes de prueba en materia de acciones colectivas podrían haberse introducido, entre otros, diferenciando las consecuencias en función de quién haya sido el autor de la conducta —en concreto, cuando se trate de terceros—, acotando los correctivos aplicables atendiendo a la gravedad del comportamiento —en especial, por lo que se refiere a la cuantía de las multas— o incorporando la posibilidad de que este régimen sancionador se active de oficio y no solamente a instancia de parte —aspecto sobre el cual no dice nada la Directiva de daños, ni la Directiva de acciones de representación, por lo que nos parece coherente permitir su adopción a iniciativa del tribunal que conoce del asunto—.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis realizado nos permite concluir que la remisión que pretende hacer el legislador español al régimen del art. 283.bis para regular la exhibición de pruebas en materia de acciones colectivas tiene un encaje parcial. En consecuencia, con el propósito de evitar que la carga de modular los distintos extremos —en función de si la solicitud de acceso a las fuentes de prueba se solicita respecto del ejercicio de una acción colectiva o respecto de una acción por daños—, recaiga exclusivamente sobre los tribunales españoles, consideramos que sería conveniente matizar algunos aspectos de la regulación del instrumento procesal previsto para las reclamaciones por daños derivados de conductas anticompetitivas, adaptándolos a las particularidades de estos procedimientos colectivos y a las obligaciones que impone la Directiva 2020/1828.

De este modo, cuando la petición de exhibición de pruebas se realice con vistas a/en el marco del ejercicio de una acción colectiva, el principio de prueba que debe sustentar esta solicitud puede quedar sujeto a un nivel de exigencia a la baja por el tribunal que debe acordar el acceso. En esta línea, los requisitos fijados por el TJUE en el asunto *Ius Omnibus* podrían ser rebajados para facilitar el uso de este instrumento procesal en los procesos colectivos, mientras que la jurisprudencia española relativa al acceso a las fuentes de prueba en las acciones por daños también podría representar un umbral máximo no exigible en las solicitudes de exhibición de pruebas en materia de acciones colectivas.

275 y 276.

Asimismo, la extensión a las acciones colectivas de los criterios previstos en materia de daños por conductas anticompetitivas a efectos de valorar si la orden de exhibición es proporcionada, así como si procede facilitar acceso a información confidencial —y, en su caso, bajo qué medidas— entendemos que es apropiada. Sin embargo, en cada solicitud concreta, el órgano jurisdiccional competente para acordar el acceso debe ser el encargado de graduar estos criterios, atendiendo a las características propias de la acción dirigida a obtener la protección de los intereses colectivos de consumidores y usuarios.

Por su parte, la introducción de matices o adaptaciones *ad hoc* al régimen del proyectado art. 838 de la LEC debería permitir, en esencia, tres cosas. En primer lugar, que los tribunales nacionales examinaran las solicitudes de exhibición sometiendo el material probatorio que sostiene la acción y sus posibilidades de éxito a un nivel de exigencia inferior al requerido en materia de daños.

En segundo lugar, que con carácter excepcional y debidamente justificado —regulando expresamente las situaciones que lo habiliten—, los tribunales nacionales pudieran ordenar la exhibición de pruebas sin dar audiencia previa a la persona requerida —ni a la parte del proceso contraria a la que ha presentado la solicitud, en aquellos supuestos en que el requerido sea un tercero—.

Y, en tercer lugar, dotar de mayor concreción el régimen sancionador en caso de incumplimiento o de negativa a cumplir; lo que implica, de una parte, definir tanto las conductas que se consideran sancionables en relación con las órdenes de exhibición de pruebas, como el sujeto que puede ser autor de cada una de ellas —la persona requerida para exhibir las pruebas o la persona que accede a las pruebas—; y, de otra parte, aclarar las sanciones aplicables —distinguiendo según el autor de la conducta y la gravedad del comportamiento— y permitir su aplicación no solo a instancia de parte, sino también de oficio por el propio tribunal que ha acordado el acceso.

Por último, no debemos descartar que, en un futuro, la herramienta procesal regulada en el art. 283.bis de la LEC sea tomada como núcleo —más o menos definitivo— a partir del cual se extienda a los procesos de naturaleza civil, con carácter general, la posibilidad de solicitar a los tribunales el acceso a las fuentes de prueba que estén en poder de la otra parte o de un tercero. Ahora bien, aun en el caso de que esta situación hipotética llegue a producirse, debemos defender la oportunidad de seguir manteniendo los matices apuntados en materia de acciones colectivas —en concreto, los

que puedan suponer la introducción de alguna particularidad respecto del régimen general—; ello, con mayor motivo, porque nuestro legislador, si el PLAC llega a aprobarse tal y como se ha previsto, habrá introducido en el Libro IV de la LEC unos nuevos —y novedosos— *procesos especiales* destinados a la tutela colectiva de consumidores y usuarios, algo que, en nuestra opinión, justificaría la introducción de ciertas especialidades también respecto de las disposiciones generales en materia probatoria previstas en los arts. 281 y siguientes de la LEC.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBA CLADERA, F., “Capítulo VI: Acceso a las fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”, en *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil - Vol. 1 de la obra La prueba en el proceso civil*, Banacloche Palao, J. (coord.), ed. La Ley, 2019, Vol. 1, págs. 172 a 193.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., “Las nuevas diligencias preliminares y las especialidades en materia probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Armonización europea de la tutela colectiva de personas consumidoras y usuarias: La proyectada transposición al ordenamiento jurídico español de la directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación”, en *Últimos avances en el camino hacia un Derecho procesal civil de la Unión Europea*, Romero Pradas, M. I. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2023, págs. 145 a 188.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa”, *Revista italo-española de Derecho Procesal*, núm. 1, 2023, págs. 23 a 52.
- DOMÍNGUEZ RUÍZ, L., “La exhibición de pruebas en la Directiva 2014/104/UE, sobre reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017.
- GARNICA MARTÍN, J. F., FERRERES COMELLA, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., AGUILERA MORALES, E., “Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 2017, págs. 125 a 152.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia”, *La Ley mercantil*, núm. 38 (julio-agosto), 2017.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, ed. Marcial Pons, 2018.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, núm. 2, 2020, págs. 1290 a 1323.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la trasposición de la Directiva 2020/1828”, en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Romero Pradas, M. I. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2022, págs. 693 a 728.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones colectivas y derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español”, en *Estándares Europeos y Proceso Civil: hacia un Proceso Civil convergente con Europa*, Gascón Inchausti, F. y Peiteado Mariscal, P. (dirs.), ed. Atelier, 2022, págs. 699 a 748.
- HERRERA PETRUS, C., “Breve caracterización de la medida, de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines”, en *Derecho y proceso: liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Cachón Cadenas, M. y Franco Arias, J. (coords), ed. Atelier, Vol. 2, 2018, págs. 1253 a 1264.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio”, en *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Jiménez Conde, F. (dir.), Fuentes Soriano, O. y González Cano, M. I. (coords.), ed. Tirant lo Blanch, 2018, págs. 413 a 421.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S., “Líneas generales del sistema de acciones colectivas planteado por la Directiva europea sobre acciones de representación”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 150, 2021.
- MARTORELL ZULUETA, P., “Aspectos procesales I: acceso a las fuentes de prueba”, en *Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia*, Ruiz Peris, J. I. (dir.), Palomar Tejedor, T. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, 2019, págs. 77 a 136.
- MORALES SANCHO, G., “Diligencias de acceso a fuentes de prueba y responsabilidad frente a consumidores y usuarios. Una perspectiva comparada EE. UU., Alemania y España”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, núm. 2, 2021, págs. 423 a 439.
- MORENO CATENA, V., “Algunas cuestiones sobre el acceso a fuentes de prueba en reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia”, en *Práctica judicial ante las reclamaciones de daños por infracciones de Derecho de la Competencia*, por Gómez Trinidad, S. (dir.), Wurmnest, W. (coord.), ed. La Ley – Wolters Kluwer, 2021, págs. 249 a 284.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., “La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 1, 2020, págs. 258 a 333.

- RUIZ DE LA FUENTE, C., “El acceso a las fuentes de prueba en los procesos de daños por actos anticoncurrenciales”, *Anales de derecho*, Vol. 41, 2024.
- SANJUAN y MUÑOZ, E., “Sección 1ª bis. Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Díaz Martínez, M. (dir.), ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2024, Vol. 2, págs. 1724 a 1731.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Información confidencial y proceso civil. Las inmunidades procesales en materia probatoria*, ed. Atelier, 2025.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., “El acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil: un análisis funcionalista desde el derecho comparado”, *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 12, 2025, págs. 243 a 280.
- VALLINES GARCÍA, E., “Harmonising access to information and evidence: the Directives on Intellectual Property and competition damages”, en *The future of the European Law of Civil Procedure: Coordination of Harmonisation?*, Gascón Inchausti, F. y Hess, B. (ed. lit.), ed. Intersentia, 2020, págs. 123 a 160.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

Diligencia de investigación tecnológica para la identificación biométrica remota en tiempo real y artículo 588 quinquies a) LECrim
Luis-Andrés Cucarella Galiana

Sistema penal y *public compliance*: la comunicación intersistémica como una propuesta para el control de la corrupción pública
Thiago Marcantonio Ferreira

Whatsapp en los tribunales: autenticidad, integridad y valoración judicial de la prueba digital
Laura Álvarez Suárez

El paradigma probatorio de la cooperación digital europea a la luz de la STS 854/2025: entre la eficacia transfronteriza y la garantía procesal
María Dolores García Sánchez

Las secciones de violencia sobre la mujer de los tribunales de instancia
Irene de Lamo Velado

El acceso a las fuentes de prueba en los procesos para el ejercicio de acciones colectivas: análisis en clave europea de la proyectada transposición de los arts. 18 y 19 de la directiva 2020/1828
Patricia Llopis Nadal
