

¿ES CONVENIENTE EL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE MENORES Y MAYORES DE EDAD INVOLUCRADOS EN DELITOS CONEXOS?

Pilar Martín Ríos¹

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Sumario: I. EL ACTUAL SISTEMA DE TRAMITACIÓN SEPARADA. II. LA RELACIÓN ENTRE LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS EN AMBOS PROCESOS. 1. El desarrollo de las respectivas investigaciones: separación e interacción. 2. Recíproca incidencia de las decisiones adoptadas, en la fase de investigación, en uno y otro proceso. A) La declaración de secreto de sumario en una de las causas. B) La conclusión de la instrucción en una de las causas. III. VÍNCULOS ENTRE LAS FASES INTERMEDIA Y DE ENJUICIAMIENTO DE AMBOS PROCESOS. IV. CUESTIONES QUE SUSCITA LA DECLARACIÓN EN UN PROCESO DE QUIEN ES INVESTIGADO/ ENCAUSADO EN EL OTRO. 1. Ideas previas: la indefinición de su rol procesal. 2. La declaración de quien es investigado en el otro proceso: práctica y valoración. 3. Cuando la declaración se presta por quien ha sido ya juzgado. V. DIFICULTADES QUE SURGEN TRAS LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE RESOLUCIONES. 1. La posible contradicción entre resoluciones. 2. La imposibilidad de plantear recurso de revisión. VI. ¿ES CONVENIENTE LA UNIFICACIÓN DE PROCESOS? MUCHAS LUCES Y ALGUNA SOMBRA.

I. EL ACTUAL SISTEMA DE TRAMITACIÓN SEPARADA

Como es sabido, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en su art. 17.2º, contempla la investigación y enjuiciamiento unificado de delitos que se consideren conexos. Del mismo modo, en el ámbito de la jurisdicción penal especializada, el art. 20.1 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), prevé la incoación de un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

¹ pilarmar@us.es

La perpetración de unos hechos delictivos de forma conjunta, o bien su comisión en distintos lugares y tiempos –previo concierto entre quienes participen en la misma–, constituye el supuesto paradigmático de conexidad.

A pesar de lo afirmado, lo cierto es que cabe la posibilidad de que, en algunas ocasiones, se proceda separadamente respecto de quienes aparecen involucrados en la comisión de delitos conexos. Así sucede, por ejemplo, cuando se entienda que el enjuiciamiento conjunto pueda dar origen a una excesiva complejidad o dilación del caso² (art. 17.1 LECrim) y, también, cuando los hechos en cuestión hayan sido cometidos conjuntamente por mayores y menores de edad.

El art. 16.5 LORPM establece³, para dichos casos, una excepción a la acumulación subjetiva, disponiendo la tramitación de un procedimiento separado para el mayor y el menor de edad⁴. A pesar de que el precepto se refiera a los supuestos de actuación conjunta, entendemos que dicha previsión es de aplicación, también, a los de actuación coordinada entre mayores y menores.

A lo largo del presente trabajo examinaremos los problemas que surgen como consecuencia de la referida separación y la consiguiente duplicidad de actuaciones que esta comporta.

² Como expresamente se advierte desde la reforma introducida en la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

³ Con carácter novedoso, pues ni la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 ni la Ley Orgánica 4/1992 sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores contenían ninguna previsión al respecto.

⁴ “Cuando los hechos (...) hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo”.

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS EN AMBOS PROCESOS

1. El desarrollo de las respectivas investigaciones: separación e interacción

De acuerdo con la norma vigente, la separación en la tramitación de ambos procesos se extiende, también, a su fase de instrucción. Ha de admitirse que, desde un punto de vista teórico, cabría plantear que esa diferenciación alcanzara, únicamente, al momento del enjuiciamiento y la fase de investigación fuera, por el contrario, común a ambos procesos. Pese a ello, en el caso que nos ocupa no solo se establece esa instrucción diferenciada, sino que la misma se atribuye a órganos de distinta naturaleza, sujetos a sus propios principios de actuación⁵.

Sin embargo –y a pesar de que, como consecuencia de lo anterior, pudiera pensarse en dos investigaciones que transcurren de forma paralela, sin conexión alguna–, lo cierto es que la relación entre ellas ha de ser estrecha. No olvidemos que, a la postre, se trata de la investigación de unos mismos hechos en los que, además, sus responsables han actuado de forma conjunta o coordinada.

Aparentemente ajena a esta realidad, la LORPM es excesivamente parca en la regulación de las relaciones entre ambos procesos. Solo contempla⁶, de hecho, el supuesto de que el Juez de Instrucción, en el desarrollo de su labor, compruebe que, junto a los adultos investigados, en los mismos hechos aparecen involucrados menores de edad. En tal caso, se dispone que este habrá de adoptar las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad, así como ordenar remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, en lo relativo a los menores. Recibida tal información, el Fiscal habrá de actuar conforme dispone el art. 16.2 LORPM, esto es, practicando las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión.

Aunque la LORPM no lo prevea, también sería factible la producción del supuesto inverso: esto es, que sea el Fiscal de Menores quien, en la formación del

⁵ Al menos, hasta que el reciente Anteproyecto de LECrim, de noviembre de 2020, se convierta –en su caso– en Ley.

⁶ Art. 16.5 LORPM.

expediente, advierta la mayoría de edad de alguno de los involucrados en el delito investigado. En ese caso, será él quien deba hacer lo propio y proceder a tal remisión de testimonios al Juez de Instrucción.

Fuera de esta hipótesis, la LORPM no hace ninguna otra referencia a la comunicación que ha de existir entre ambos órganos instructores. Es la *Circular 9/2011, de 16 de noviembre, de la FGE, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, la que descende más al detalle, e incluye un apartado *ad hoc* en el que se dan las instrucciones precisas para que exista una verdadera coordinación entre ambas investigaciones:

“En estos casos es preciso incrementar la diligencia en la fase de instrucción, con el fin de evitar actuaciones descoordinadas y resoluciones divergentes, particularmente, cuando se trate de causas seguidas por los delitos más graves. La actuación de las Fiscalías Provinciales, tanto la Sección de Menores como la Sección Penal ordinaria, deberá estar convenientemente coordinada y orientada, de forma que se evidencie una postura unitaria y coherente, resultando para ello esencial la labor de coordinación de los Fiscales Decanos, Delegados o incluso de las Jefaturas Provinciales o de Área correspondientes”.

Más allá de estas indicaciones genéricas, la FGE insta, a través de la Circular referida, a la recíproca remisión de testimonios⁷ –que habrán de comprender las declaraciones de víctimas y de investigados, así como las resoluciones que se hayan podido acordar sobre medidas cautelares– entre la Sección de Menores de la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción competente. Tal exigencia de comunicación pone de relieve el vínculo que, pese a su tramitación separada, existirá entre ambas instrucciones.

Dicha relación se aprecia, igualmente, en las diligencias de investigación que hayan de practicarse en esta primera fase del procedimiento. Respecto a ellas, la Circular dispone que el Ministerio Fiscal y el Juzgado de Instrucción habrán de remitirse, recíprocamente, testimonio de las declaraciones que se realicen en esta primera fase. Además, prevé que los informes periciales que se hagan en una sede sean, igualmente, comunicados a la otra. Así, contempla como hipótesis

⁷ Se señala, asimismo, que dichos testimonios han de ser anticipados a través de fax.

más frecuente –desconocemos por qué motivo– la de que esos informes periciales sean primero realizados en la causa que lleva el Juzgado de Instrucción, disponiéndose que, en tal caso, deberá expedirse testimonio para su unión al expediente de reforma del menor. Junto a esta posibilidad, contempla, de forma secundaria, un segundo escenario: que la iniciativa para solicitar la realización de pericias haya correspondido al Fiscal de Menores, con la intención de “sortear el riesgo de consumir los breves plazos de la medida cautelar del art. 28 LORPM”. Cuando sea el Fiscal quien las acuerde en su expediente, habrá de remitir copia al Juzgado de Instrucción que conozca de la causa.

Ignoramos por qué motivo se contempla como supuesto “normal” el que la iniciativa para la realización de un informe pericial la haya tomado el Juez de Instrucción y solo excepcionalmente se prevea que haya sido en el expediente de reforma del menor donde se haya acordado su práctica en primer lugar. Desde luego, la praxis no revela que esta segunda sea una situación inusual. Más aún, si la celeridad ha de ser mayor en los procesos de menores⁸, ¿por qué entender que, en este punto, serían menos diligentes que el Juzgado de Instrucción? Repárese, además, en que no se trata de una actuación que precise, por afectación de derechos fundamentales, control judicial alguno que pudiera dilatar su práctica.

El hecho de que, como se dijo, se prevea la recíproca remisión de testimonios de las diligencias practicadas hace surgir una nueva incógnita: ¿significa que no han de repetirse en un proceso las ya realizadas en el otro? Aquellas que fueran de carácter “objetivo” no serían de necesaria repetición⁹, y revestirían una especial importancia ante el caso de que fuera necesaria una reconstrucción de sumario. Por lo que hace al resto, la innecesariedad de que vuelvan a practicarse

⁸ Dado el breve plazo con que se cuenta para legalizar la situación del menor detenido (art. 17.5 LORPM).

⁹ Así, la sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla, de 24 de marzo de 2011 (ECLI: ES:JMESE:2011:1), considera absurdo que se repitan en los dos procedimientos “diligencias de instrucción que tienen un marcado carácter objetivo como pueden ser, a título de ejemplo, diligencias de recogida de huellas o informes periciales de análisis de restos biológicos o similares en los que la falta de contradicción en fase de instrucción se subsana en el acto de la audiencia con la declaración testifical o pericial de los agentes que las practicaron e, incluso, puede admitirse que no se dupliquen determinadas declaraciones testificales en las que igualmente se puede subsanar la falta de contradicción en el acto de la audiencia ya que los testigos tienen obligación de declarar en el acto de la audiencia”.

no implica que el Juez de Instrucción tenga que contentarse con las que se realicen por el Ministerio Fiscal en el expediente de menores, ni viceversa.

Especialmente delicado sería el supuesto de que se tratara de utilizar como prueba de cargo una declaración prestada por el adulto contra el menor en la fase de instrucción del procedimiento de adultos, sin que luego se hubiera interesado su práctica en el expediente de reforma y sin que, en definitiva, se hubiera satisfecho el derecho de contradicción del menor. Puesto que –como tendremos ocasión de examinar en un apartado posterior– el menor interviene como testigo en el proceso seguido contra el adulto, lo haría sin la asistencia de abogado¹⁰ y sin tener ocasión de realizar pregunta alguna. En estos casos, lo recomendable sería interesar que el adulto declarara en el expediente de reforma, de modo que los derechos del menor se vieran salvaguardados; de lo contrario, procedería el rechazo del valor probatorio de dicha declaración¹¹.

2. Recíproca incidencia de las decisiones adoptadas, en la fase de investigación, en uno y otro proceso

A) La declaración de secreto de sumario en una de las causas

En la tramitación separada de ambas causas puede suceder que la declaración de secreto de sumario se realice solo sobre una de las instrucciones¹². Pudiera pasar, igualmente, que, declarado en ambas, en una se alce antes que en la otra¹³.

En tales circunstancias, el secreto que se mantuviera pudiera verse afectado por la difusión de información que tuviese lugar en la otra causa¹⁴, lo que podría

¹⁰ La situación cambiaría cuando el actual Anteproyecto de LECrim se convirtiera en Ley. *Vid.*, al respecto, el apartado IV.2 del presente trabajo.

¹¹ Como bien se indica en la sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla, de 24 de marzo de 2011 (ECLI: ES:JMESE:2011:1). A la misma conclusión llega la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

¹² Conforme al art. 24 LORPM, para el proceso de menores, y de acuerdo con el art. 302 LECrim, para el de adultos.

¹³ Habitualmente, será en el proceso de menores en el que se alce el secreto en primer lugar, habida cuenta de que su instrucción, presumiblemente, finalizará antes.

¹⁴ Este problema ha sido destacado, igualmente, por la ya aludida Circular 9/2011.

tener indeseables consecuencias en el devenir de la investigación. Una adecuada coordinación entre los órganos instructores sería imprescindible para evitar esas interferencias; así, por ejemplo, podría optarse por prolongar el secreto solo de modo parcial, acordándose qué datos –y durante cuánto tiempo– convendría mantener reservados.

B) La conclusión de la instrucción en una de las causas

La tramitación separada de estas dos instrucciones, judicial y fiscal, se topa con otra dificultad: la diferente concepción de cada uno de los procesos en que tienen lugar. El hecho, por ejemplo, de que la celeridad constituya un principio informador de la Justicia juvenil suscita alguna dificultad de coordinación entre las instrucciones que, aun desarrollándose de forma separada, presentan, como se vio, una indudable conexión.

Teniendo en cuenta tal realidad, la *Circular 9/2011* aclara que la conclusión del expediente en Fiscalía no puede estar a expensas de los avatares que se produzcan en la instrucción de la causa para los mayores de edad implicados. Por tal motivo, una vez que en el expediente de reforma se cuente con datos suficientes que acrediten la participación del menor, el Ministerio Fiscal deberá proceder a su cierre, sea cual fuere el estado en que se encontrase la causa que se siguiera en el Juzgado de Instrucción. Se hace, no obstante, una importante salvedad: “cuando la constatación de la participación de los menores en los hechos dependa exclusivamente de las diligencias ordenadas por el Juez de Instrucción en la causa de adultos, y pendientes de cumplimiento, se estará a la espera de su resultado”.

Son estrictas razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como señala la propia Circular, las que avalan esta excepción. A través de su previsión se trata de evitar “el riesgo de que se opte en una jurisdicción por continuar el procedimiento y en la otra no, concurriendo idénticos elementos probatorios para menores y mayores de edad”. Llama la atención, a este respecto, que la preocupación de la FGE por que pueda existir descoordinación o pronunciamientos contradictorios se agote en la hipótesis descrita. Sin embargo, igualmente podrían surgir los mismos problemas cuando, con anterioridad a la conclusión del sumario en el proceso de adultos, sea el Fiscal quien decida no incoar causa contra el menor, habida cuenta del juego del principio de oportunidad en el proceso de menores.

Pese a ello, en tal caso no parece preocupar que en una jurisdicción se decida continuar el procedimiento y en la otra no, a pesar de que la existencia de los mismos elementos probatorios para los menores y los mayores de edad involucrados haga que esta situación sea, a nuestro juicio, igual de inquietante.

III. VÍNCULOS ENTRE LAS FASES INTERMEDIA Y DE ENJUICIAMIENTO DE AMBOS PROCESOS

En todas las causas en que resulten imputados mayores y menores de edad ha de haber una comunicación directa entre los distintos órganos implicados. Así, la *Circular 9/2011* destaca la importancia de que se remitan recíprocamente los testimonios de los escritos de calificación, actas de juicio y sentencias, extremando las precauciones para no agotar los breves plazos de las medidas cautelares acordadas conforme al art. 28 LORPM. A pesar de que no se especifique nada al respecto –y la Circular aborde esta cuestión al hacer referencia, únicamente, a la fase de instrucción (XII.3.4)– es evidente que, en estos casos, la comunicación habrá de entablarse entre los órganos competentes para el enjuiciamiento (el Juzgado de Menores y el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, dependiendo de la gravedad del delito).

La tramitación separada de ambos procesos también plantea dudas acerca de si habrá de duplicarse la práctica de actividad probatoria y de qué valor habríamos de conceder, en su caso, a la prueba practicada en el otro proceso.

Sin duda, no puede afirmarse que la prueba practicada en el primer proceso tendría siempre pleno valor probatorio en el segundo. Acoger, sin más, cualquier actividad probatoria desplegada en el otro proceso comprometería, de una manera inasumible, tanto el fundamental derecho de defensa –que garantiza la contradicción en el seno de un debate oral y público– como el principio de inmediación y la libre valoración de la prueba. Podría, eso sí, ser valorada en este segundo proceso “en unión de las demás existentes”, como admite el TS¹⁵,

¹⁵ Afirma la STS 795/2016, de 25 octubre (ECLI: ES:TS:2016:4622), que, en el ámbito del proceso penal, cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba, por lo que ha de resolverse conforme a su propio contenido, “todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes”. *Vid.*, igualmente, la STS 230/2013, de 27 febrero (ECLI: ES:TS:2013:1402), entre otras posibles.

integrándola en el acervo probatorio de este y permitiendo, así, que sea libremente valorada¹⁶.

Aun cuando podríamos evitar reiterar la práctica de actividad probatoria cuando nos encontrásemos ante pruebas de carácter objetivo, no sucedería igual cuando estas fueran de carácter personal. Las declaraciones de partes y testigos encierran una problemática singular. Por su propia naturaleza, tales medios probatorios que se hayan practicado en uno de esos procesos, por más que estén documentados¹⁷, no vinculan al órgano competente para conocer del otro. Por tal causa, y a pesar de que la repetición de testimonios ante una y otra jurisdicción suponga una pérdida general de calidad en las pruebas¹⁸, aumente la victimización secundaria¹⁹ e incida, de forma negativa, en la agilidad de la tramitación procesal, será siempre necesario que, en el segundo, aquellos se practiquen con todas las garantías necesarias²⁰. Por supuesto, cuando existan razones que lo justifiquen, será viable la anticipación y preconstitución de la prueba. De tal modo, y en cumplimiento del art. 730 LECrim, podrá aportarse dicha prueba documentada si, efectivamente, fuera imposible reproducir dicha declaración en el acto del juicio oral.

¹⁶ Contemplando otras opciones, como que la sentencia dictada en el primer proceso sea incorporada al segundo como medio probatorio, o que esa prueba fuera considerada como diligencia de investigación en el segundo proceso, pasando a formar parte de su instrucción, *vid.* PÉREZ AGUILERA, J. M., *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal* (tesis doctoral inédita, 2018, pp. 364 y 366).

¹⁷ Lo que no le atribuye el carácter de prueba documental, como es sabido.

¹⁸ Como destacó la STS 62/2013, de 29 enero (ECLI: ES:TS:2013:178).

¹⁹ La duplicidad de declaraciones de la víctima del delito en diversas sedes contribuye, sin duda, a aumentar su exposición e incrementar su padecimiento. En este sentido, la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, de la FGE, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, denunciaba los riesgos de victimización secundaria inherentes a la separación de procesos. *Vid.*, en el mismo sentido, la STS 62/2013, de 29 enero (ECLI: ES:TS:2013:178).

²⁰ Para el caso concreto de la declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes, afirmando esta misma tesis y negando que sea admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la anterior sentencia de conformidad o del acta del juicio anterior en la que se contenga la declaración del ya condenado, *vid.* la Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes.

IV. CUESTIONES QUE SUSCITA LA DECLARACIÓN EN UN PROCESO DE QUIEN ES INVESTIGADO/ENCAUSADO EN EL OTRO

1. Ideas previas: la indefinición de su rol procesal

La tramitación separada de ambos procesos crea algunas incertidumbres acerca de la condición procesal que se ostenta cuando quien es investigado en uno ha de intervenir en el otro. Puesto que los hechos objeto de investigación son –al menos, sustancialmente– los mismos, no es extraño que se solicite la intervención del menor en el proceso seguido contra el adulto ni que se haga lo propio con el mayor de edad en el proceso de menores.

Desde un punto de vista formal, han de considerarse terceros en ese otro proceso, lo que determina que solo puedan ser citados para declarar en ellos en calidad de testigos. Sin embargo, con independencia de la categoría a la que pertenezcan como sujetos procesales, lo que interesa es dilucidar su condición *real* cuando actúan de ese modo²¹. En otros términos, mientras que a veces nos encontraremos ante un verdadero testigo –en el que coincidirán plenamente su dimensión formal y sustancial–, en otras ocasiones se apreciará una divergencia entre ambas que aconsejará reconocer a ese testigo “formal” una condición “real” distinta.

No deberemos, pues, detenernos en la condición que nominalmente ostente, sino que habremos de descender al examen del concreto vínculo que aquel interviniente presenta con el objeto del proceso al que es llamado a declarar. De tal determinación puede incluso resultar su asimilación, a ciertos efectos, con un coinculpado.

Las consecuencias de todo ello son notables: como es bien sabido, los testigos han de cumplir con una serie de deberes vinculados a su condición que no son, por el contrario, exigibles a los coinculpados. Importantes efectos se producirían, igualmente, a la hora de otorgar credibilidad al testimonio prestado por los sujetos referidos.

²¹ “Más allá de la mera atribución nominalista de testigo o coimputado, lo determinante es cómo perdura y le afecta su relación con el objeto del proceso” (STS de 21 de diciembre de 2017. ECLI: ES:TS:2017:4666).

Al tratarse de una cuestión que ha de solventarse caso a caso, no sería posible que normativamente se determinara, de forma apriorística, cuál es el vínculo de un concreto testigo con el particular objeto del proceso al que es llamado a declarar y, en consecuencia, cuál es la condición "real" que en él debe ostentar. Pese a ello, en la hipótesis que nos ocupa no parece aventurado suponer que esa relación existirá en cualquier caso, toda vez que los hechos por los que se investiga a los intervinientes en el delito, en una y otra jurisdicción, son los mismos. Por el contrario, la única mención expresa a esta situación –como tendremos ocasión de exponer– concluye que en tales casos se ha de intervenir como testigo. Solo jurisprudencialmente se ha precisado que, pese a actuar como testigo, nos encontramos con un cóculpado desde un punto de vista "real" o "sustancial", por lo que sus declaraciones deben valorarse bajo ese prisma. Aunque esta última aportación aclara –al menos, en cierta medida– la situación de indefinición en que se encuentran estos intervinientes y sus declaraciones, aún sería deseable establecer con nitidez cuál ha de ser su alcance. Si bien existe consenso acerca de que esa peculiar condición afectará al modo en que su declaración haya de valorarse, no sucede lo mismo en cuanto a la forma en que la misma habría de prestarse. En los apartados siguientes abordaremos esta cuestión con mayor detalle.

2. La declaración de quien es investigado en el otro proceso: práctica y valoración

Es evidente que el menor no puede ser considerado ni investigado ni acusado en la causa seguida contra el adulto, y viceversa. De hecho, la sentencia que en ese otro proceso se dicte no se pronunciará sobre su inocencia o culpabilidad. Precisamente por ello, si son llamados a declarar en aquel, solo podrán ser citados formalmente como testigos. Si, en atención a lo expuesto en el apartado precedente, nos centramos en cuál es su relación material con los hechos que conforman el objeto del proceso al que es citado, y no en cuál sea su condición formal en el mismo, repararemos en que existe una relación directa con los hechos enjuiciados; son, de hecho, investigados por esos mismos hechos, aun cuando no lo sean en el mismo procedimiento.

Por tal causa, mayoritariamente se considera²² que, pese a declarar como testigo, la declaración que presta el menor en el proceso de adultos, y la que

²² Es muy ilustrativa la Sentencia del Juzgado de Menores de Lleida de 11 de abril (ECLI: ES:JMEL:2014:18), así como la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

realiza el adulto en el proceso seguido contra el menor, tendrán que valorarse como si de declaraciones de coinvestigados se tratase. Repárese en lo extraño de la situación: siendo citados como testigos, su testimonio será tenido en cuenta de igual modo –esto es, con idénticas prevenciones– que si se tratase de investigados en una misma causa. De tal manera, esas declaraciones habrán de ponderarse aplicando unas pautas de valoración de su credibilidad que son particularmente rigurosas –como han venido advirtiendo TS y TC²³– y que suponen algo más que simples orientaciones.

Surge, en torno a este punto, otro interrogante: con independencia de que su testimonio tenga que tomarse como el de un coinculpado, ¿también en estos supuestos se permite que en su declaración se acoja a las prerrogativas que tiene cualquiera de ellos? Dicho de otro modo: ¿podrá acogerse tanto al derecho de defensa como a los considerados derechos instrumentales del mismo, recogidos en el art. 118 LECrim²⁴? Si faltase a la verdad en su declaración, ¿incurriría en responsabilidad penal?

Las resoluciones examinadas, tanto de Juzgados de Menores como de TS y TC, aluden únicamente al valor que habrá de conferirse a la declaración prestada en estas circunstancias. Tiene que reconocerse, igualmente, que en el ámbito del proceso penal cabe la intervención de testigos que, presentando peculiaridades en la valoración de sus declaraciones –como sucede con las víctimas del delito–, no pueden –a salvo la dispensa del art. 416 LECrim– acogerse al derecho a guardar silencio. En estos casos, tampoco es extraño que existan condenas por falso testimonio, puesto que prestar declaraciones falaces sí conlleva consecuencias penales. Distinta sería la declaración de quien es coinculpado y, por tanto, parte: para que tenga virtualidad probatoria, habrá de ir acompañada de una mínima corroboración y, si se demuestra la falsedad del testimonio que prestó, no habrá de soportar consecuencia penal alguna, al entenderse cubierta dicha actitud por el legítimo ejercicio de su derecho de defensa. El único límite que se prevé a

²³ SSTS 1168/2010, de 28 de diciembre (ECLI: ES:TS:2010:7609), 763/2013, de 14 de octubre (ECLI: ES:TS:2013:5107), 513/2015, de 9 de septiembre (ECLI: ES:TS:2015:3994), STS 675/2017, de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2017:3614), 843/2017, de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2017:4666) y STS 3326/2019, de 29 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3326), así como las SSTC 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre.

²⁴ Derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

este respecto es el de la falsa incriminación, como destaca el TS en múltiples resoluciones²⁵.

En el caso concreto que examinamos, deberíamos valorar la conveniencia de que las garantías propias de los coinvestigados se extendieran a las declaraciones de estos testigos –tan particulares– que han de deponer sobre hechos por los que son, en sus respectivos procesos, investigados. Recordemos, en esta línea, cómo la STS 971/1998, de 27 de julio²⁶, aclaraba que el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho mismo imputado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, hemos de valorar positivamente que el reciente Anteproyecto de LECrim, de noviembre de 2020, regule expresamente –como novedad significativa, según destaca su propia Exposición de Motivos– la posibilidad de que quien tenga o haya tenido la condición de persona encausada en un procedimiento penal pueda declarar en otro distinto, que verse sobre los mismos hechos²⁷, con la salvaguarda expresa, también en este otro proceso, de su derecho a no declarar. Conforme al proyectado art. 17.5, podrá acogerse a dicho derecho en todo momento, debiendo ser oportunamente informada al respecto.

Resulta destacable, asimismo, que expresamente se disponga que en esa declaración también tendrá derecho a la asistencia letrada.

3. Cuando la declaración se presta por quien ha sido ya juzgado

Al margen de que el menor pueda declarar en el proceso seguido contra el adulto (y viceversa) cuando ambas causas están aún abiertas, pudiera suceder también que dichas declaraciones tuvieran lugar cuando uno de ellos (habitualmente, el menor) hubiera sido ya juzgado por sentencia firme.

A este respecto, un *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II del TS*, de 16 de diciembre de 2008, estableció que la persona que ha sido juzgada por

²⁵ *Vid.*, por todas, la STS de 20 de diciembre de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:8717).

²⁶ ECLI: ES:TS:1998:5013.

²⁷ O en el que dichos hechos resulten relevantes, afirma el art. 17.5 del Anteproyecto.

unos hechos, cuando es llamada a declarar sobre los mismos en el juicio que se entabla contra otro acusado, ostenta el *status* de testigo. Aplicando esta solución general al ámbito concreto que examinamos –pues no hay motivo para darle un tratamiento distinto–, si el menor ya hubiera sido juzgado por sentencia firme cuando tuviera que declarar en el proceso de adultos, tendría que hacerlo como testigo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, como expusimos en un momento previo, en la praxis se huye de posiciones nominalistas y, más allá de que, formalmente, se actúe como testigo o como investigado/acusado –dependiendo de la fase procesal en que nos encontremos–, se atiende a la efectiva relación de esa persona con los hechos objeto del proceso²⁸. En el caso particular que nos ocupa, ¿puede acaso afirmarse que el vínculo de ese menor con los hechos enjuiciados en el proceso de adultos es el mismo que el que pudiera tener cualquier otro ciudadano ajeno a ellos? Puesto que ha tenido participación en los mismos hechos delictivos que se están enjuiciando, su relación con el objeto del proceso permanece en este segundo momento en el que es llamado a declarar.

Dado que, como decimos, se trata de un testigo peculiar, que mantiene una relación innegable con los hechos objeto del proceso al que es llamado, ¿de qué manera ha de valorarse esta declaración? Según se indica en el Acuerdo referido, debe ser tenida en cuenta “en términos racionales para determinar su credibilidad”. No se trata de una expresión muy clarificadora²⁹, ciertamente.

La ausencia de norma que regule esta cuestión –al menos, hasta que el Anteproyecto, en su caso, fructifique en una LECrim nueva– hace necesario el examen de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en la materia, que abordan tanto el supuesto de que la declaración que se realice en el otro proceso tenga lugar cuando sobre el declarante aún no se haya dictado sentencia³⁰ como el caso de que el testigo en cuestión haya sido ya juzgado

²⁸ También el TS destaca (STS de 21 de diciembre de 2017. ECLI: ES:TS:2017:4666) que lo esencial es la relación que se tenga con el objeto del proceso, no la concreta situación procesal que formalmente se ostente.

²⁹ En términos racionales para determinar su credibilidad, ¿de la misma manera en que se hace con cualquier testigo? ¿o teniendo en cuenta su condición de testigo “peculiar”?

³⁰ Que fue el supuesto analizado en el apartado precedente.

por esos mismos hechos³¹. Son cuantiosas las sentencias que advierten de que, aun siendo formalmente testigos, para la valoración de sus declaraciones deben aplicarse las mismas cautelas y prevenciones que se exigen en la apreciación de testimonios de coimputados³². La STC 111/2011, de 4 de julio, es un claro exponente de esta tendencia: "aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos"³³.

No parece difícil de aceptar esta tesis jurisprudencial cuando estamos ante la declaración testifical de quien aún es investigado/acusado en el otro proceso, toda vez que se encuentra en una situación delicada que pudiera llevarle, en su propio beneficio, a faltar a la verdad en la prestación de su testimonio y que requeriría, en consecuencia, que se adoptaran ciertas cautelas en su valoración. Sin embargo, puesto que quien ya ha sido juzgado no puede ser investigado ni acusado por los mismos hechos, pues la sentencia firme supuso el cierre del procedimiento por lo que a él respecta, ¿sería necesario adoptar idénticas prevenciones respecto de su declaración? Entendemos que, puesto que también esa declaración podría redundar en perjuicio del deponente, las exigencias habrían de ser las mismas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que los perjudicados como consecuencia del delito cometido conjuntamente por menor y mayor de edad hubieran decidido, mediante la oportuna reserva, ejercitar en vía civil la correspondiente acción. En ese caso, esa responsabilidad permanecería

³¹ Que, creemos, han de recibir idéntico tratamiento, como más adelante se dirá.

³² Vid. STS 675/2017, de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2017:3614), y SSTC 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre.

³³ En el ámbito concreto del proceso de menores encontramos, asimismo, sentencias que, aun llegando a la misma conclusión *supra* apuntada, entienden que la declaración del menor llamado al proceso de adultos tendría que ser valorada como la de un testigo *sui generis*. No se trata, a nuestro juicio, más que de un modo un tanto eufemístico de admitir que se requiere la misma mínima corroboración que se exige a las declaraciones prestadas por un coinvestigado/coacusado. En este sentido, *vid.* la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

imprejuzgada en el momento en que el menor declarase en el proceso seguido contra los adultos. El resultado de la sentencia que en esa sede se dictase podría, pues, afectarle. No sería igual, en efecto, que el proceso seguido contra los adultos culminase con una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho punible (lo que redundaría en la imposible exacción en vía civil de responsabilidad patrimonial derivada del mismo) que lo hiciera con una sentencia condenatoria. Del mismo modo, podría también tener repercusión en una eventual suspensión de la ejecución o en una modificación de las medidas impuestas al menor.

De una manera o de otra, la sola posibilidad de que esa declaración del menor en el proceso de adultos pudiera serle perjudicial sería suficiente, a nuestro juicio, para que en la valoración de su declaración se adoptasen las mismas reservas que se aplican a la de cualquier coimputado.

Abundando en esta materia, y una vez determinado el modo en que ha de valorarse la declaración que el menor, ya condenado, presta en el proceso de adultos, interesa examinar si en estos casos –dada la relación con los hechos que se observan– persiste el fundamento de las garantías que se prevén para las declaraciones de los investigados/acusados. Se trata, en definitiva, de esclarecer si el menor que actúa como testigo en el proceso de adultos, cuya declaración va a valorarse como la de un coinvestigado/coacusado, estaría obligado a declarar y a prestar juramento/promesa de decir verdad. En nuestro ordenamiento jurídico no se contempla expresamente esta cuestión, por lo que han sido el TS y el TC los que, en numerosas resoluciones dictadas desde el año 2008, han establecido una pauta interpretativa.

En la situación anterior al Acuerdo de 2008³⁴, el TS³⁵ venía manteniendo que el condenado que era citado para prestar declaración en el posterior juicio a los restantes acusados conservaba los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él. En esta misma línea se pronunciaba la FGE en la *Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros partícipes*, que consideraba que el

³⁴ Que como vimos, declara expresamente que en el otro proceso se ostenta la condición de testigo.

³⁵ *Vid.* SSTS 1332/2004, de 11 de noviembre (ECLI: ES:TS:2004:7289), y 1007/2007, de 23 de noviembre (ECLI: ES:TS:2007:8304). No se trataba de una tesis unánime, como evidencian las SSTS 1079/2000, de 19 de julio (ECLI: ES:TS:2000:6036), STS 1268/2000, de 30 de octubre (ECLI: ES:TS:2000:7864) o STS 1338/2003, de 15 de octubre (ECLI: ES:TS:2000:7864).

condenado que fuera citado como testigo en el juicio ulterior para los restantes acusados mantendría tales derechos. Claramente afirmaba que quien ya había sido enjuiciado conservaba en su posterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, estando también excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad³⁶.

Sin embargo, el Acuerdo de 2008³⁷ trajo consigo un sustancial cambio de criterio: el TS entiende, desde entonces, que ese declarante no puede acogerse a las prerrogativas del derecho de defensa que le corresponderían de actuar como coinvestigado/coacusado³⁸.

Interesa traer a colación, llegados a este punto, cuál es la solución por la que se inclina el ya referido Anteproyecto de LECrim de 2020. En la misma línea seguida –como vimos– respecto de la declaración de un encausado en un proceso penal en otro distinto, que verse sobre los mismos hechos o sobre otros conexos³⁹, el art. 662 del Anteproyecto establece que, a quien haya resultado

³⁶ Como señalaba la referida Consulta: “El mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta. Resultaría cuando menos chocante que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar (...) La exigencia de juramento o promesa de decir verdad conduciría a situaciones inaceptables. No cabe admitir la hipótesis de un condenado que resultara posteriormente acusado de falso testimonio por las declaraciones, negando los hechos objeto de condena, vertidas en el juicio celebrado posteriormente para los restantes partícipes”.

³⁷ Vid. las SSTs 274/2009, de 18 de marzo (ECLI: ES:TS:2009:1498), 7/2009, de 7 de enero (ECLI: ES:TS:2009:180) y 3326/2019, de 29 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3326).

³⁸ En esta misma línea se pronunciaba la STS 6036/2000 (ECLI: ES:TS:2000:6036 de 19 de julio): “cuando X es citado al Plenario, lo hace en calidad de testigo y no de coimputado, fue coimputado junto con el recurrente en estos hechos, pero dejó de serlo cuando fue juzgado, y por tanto, cuando casi cinco años después comparece para declarar lo hace con el exclusivo *status* de testigo que tiene dos obligaciones: comparecer al llamamiento y declarar, habiendo desaparecido su condición de coimputado que solo se mantiene en los casos en que simultáneamente y con unidad de acto uno comparece en dicha doble condición”.

³⁹ El art. 17.5 del Anteproyecto, en cambio, en lugar de hablar de “conexión” entre los hechos enjuiciados en los distintos procesos, se refería a la circunstancia de que tales hechos resultasen “relevantes” en la otra causa. Sin duda, sería deseable una homogeneización en la terminología pues, en puridad, no significan lo mismo. Igual sucede con el empleo indistinto, como si de sinónimos se tratase, de “proceso” y “procedimiento”, en los referidos arts. 17.5 y 662 del Anteproyecto.

ya juzgado en un proceso penal por los mismos hechos o por otros conexos, se le instruirá –al declarar como testigo– conforme a lo establecido en el art. 674 para la declaración del acusado, permitiéndosele, además, estar asistido por su abogado al prestar declaración. En otros términos, se adscribe el Anteproyecto a la tesis mantenida por la FGE en la *Consulta 1/2000*.

A pesar de que, a nuestro juicio, esta interpretación resulta más respetuosa con el derecho de defensa⁴⁰ que la mantenida en el Acuerdo de 2008, tampoco está exenta de problemas.

Ciertamente, permitir que la declaración que preste el menor en el proceso de adultos no solo se valore como la de un coimputado sino que, además, se admita que en su práctica actúe como tal –esto es, haciendo uso de las facultades y posibilidades que el derecho de defensa brinda a todo investigado/acusado, pudiendo negarse a declarar o resultando impune su testimonio falaz–, pudiera llegar a desdibujar las fronteras entre lo que supone ser o no parte en un proceso. Desde luego, de permitirse que estos peculiares testigos se acojan a las prerrogativas que se establecen para las declaraciones de coinvestigados/coencausados, habría de reconocérseles el derecho –como, de hecho, hace el Anteproyecto– a contar con asistencia letrada. Aunque no se diga nada al respecto, creemos que ese derecho habría de implicar, asimismo, la posibilidad de contradecir las declaraciones *de contrario* que se presten en el otro proceso al que fueran llamados. Una solución distinta crearía, a nuestro juicio, una artificial escisión entre manifestaciones que son, todas ellas, contenido propio del derecho de defensa.

En el fondo, esta situación pone de relieve otra de las disfunciones que resultan del escaso acierto de imponer una tramitación separada para procesos que cuentan con indudables puntos de unión, difíciles de subsanar si no es a través de un replanteamiento del sistema que permita su acumulación.

⁴⁰ Que, aunque pueda ser modulado, se debe considerar vigente en la fase de ejecución de la sentencia.

V. DIFICULTADES QUE SURGEN TRAS LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO: LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE RESOLUCIONES

1. La posible contradicción entre resoluciones

El enjuiciamiento separado propicia que puedan dictarse sentencias que, si bien no sean estrictamente contradictorias –puesto que el objeto de los procesos no es el mismo, al variar el elemento subjetivo de uno a otro–, sí evidencien divergencias (a veces, llamativas) en cuanto al modo de valorar y enjuiciar unos mismos hechos. Esa posible falta de armonía entre lo que se considera probado en cada una de las sentencias es, tal vez, la consecuencia más llamativa, la de más difícil comprensión, de todas las que implica la tramitación separada⁴¹. Así pues, cuando se trata de enjuiciar la autoría o participación⁴² en un hecho delictivo, surgen importantes problemas de compatibilidad lógica –amén de un claro compromiso de los principios de igualdad y de seguridad jurídica– cuando en uno de los procesos seguidos el acusado es condenado y, en el proceso en que se juzga a otro de los presuntos coautores/partícipes de ese hecho delictivo⁴³, se concluye la inexistencia del mismo⁴⁴.

Sobre este particular, interesa recordar los arduos debates que suscitó la resolución judicial del asesinato de la adolescente sevillana Marta del Castillo.

⁴¹ Como muy gráficamente señaló la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347), “el riesgo cierto de que puedan existir pronunciamientos discordantes que hagan que en ese puzzle, a que se refirieron las acusaciones, no encajen todas sus piezas”.

⁴² Si reparamos en la letra del art. 20 LORPM, se recoge solo la comisión conjunta menor-adulto como supuesto que da origen a la tramitación separada de causas. Pese a ello, es lógico concluir que en esa expresión se deben incluir, junto con la coautoría, las distintas formas de participación en el delito, pues carecería de sentido que los coautores mayores y menores fueran juzgados por separado y, en cambio, los cómplices y cooperadores necesarios fuesen –con independencia de su edad– juzgados conjuntamente. Por eso, el mismo problema surgiría cuando en el relato de hechos probados de una sentencia se afirmase que en la comisión del delito no intervino nadie más que el autor y, en cambio, en otros procesos se dictasen sentencias condenatorias contra otras personas por haber participado en su comisión (o a la inversa, claro está). La misma dificultad de comprensión se presentaría cuando, habiendo recaído una condena por encubrimiento de un delito, o por haber participado en su comisión de cualquier modo, una resolución judicial firme descartase su existencia.

⁴³ O el delito presuntamente encubierto.

⁴⁴ Su existencia, no su autoría por la persona acusada, que son cuestiones bien distintas.

Como es sabido, en el año 2011 el Juzgado de Menores competente condenó al menor acusado por encubrir un delito cuya comisión por varios adultos estaba siendo enjuiciada por la Audiencia Provincial (AP) de Sevilla. Sin embargo, apenas unos meses después de que la sección tercera de dicha Audiencia, al confirmar la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Menores, entendiera, en su relato de hechos probados, que hasta cuatro personas habían tenido una participación directa en la comisión del asesinato por cuyo encubrimiento se había condenado al menor, la sección séptima de la misma Audiencia, al enjuiciar a los adultos implicados, dictó una sentencia⁴⁵ en la que, tras llegar a conclusiones diametralmente opuestas sobre los mismos hechos, procedió a absolver a tres de los acusados. Lógicamente, esa situación contribuyó a avivar el debate acerca de si la condena o absolución que recayera en el proceso de menores –que, por su mayor agilidad, finalizaría antes– debiera afectar al ulterior procedimiento ordinario.

Aunque partamos de la negación tanto de la eficacia positiva de la cosa juzgada material como de la extensión *ultra partes* de ese efecto prejudicial, entre los procesos que enjuician a mayores y menores de edad por su relación con un mismo delito existe un vínculo manifiesto. No puede obviarse que la *Circular 9/2011* dispone que deba enviarse testimonio de la sentencia dictada en un proceso al otro, lo que confirma la relación existente entre ambas causas.

En el caso que hemos traído a colación, el TS confirmó⁴⁶ –un año después del pronunciamiento de la sentencia de la AP de Sevilla– que, pese a la dificultad de explicar –y de entender– que puedan existir dos verdades judiciales sobre un mismo hecho, es perfectamente posible que en la segunda causa surjan elementos de juicio suficientes para llegar a distinta conclusión y estimar, entonces, que la primera calificación fue errónea o incompleta. En suma, la declaración de hechos probados anterior no se entiende vinculante, dada la soberanía y responsabilidad del segundo juez a la hora de valorar –en conciencia y conforme a la lógica y experiencia– la prueba que se practicó en su presencia.

No puede, pues, afirmarse que la sentencia recaída en el proceso penal contra el menor deba condicionar la que se dicte en el proceso contra el adulto, a pesar

⁴⁵ SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APSE:2011:1347).

⁴⁶ STS 62/2013, de 29 enero (ECLI: ES:TS:2013:178).

de que sean los mismos hechos los que se enjuicien y de la, evidente, relación entre ambas causas. Aunque distintos pronunciamientos del TC han considerado contraria al principio de seguridad jurídica la existencia de pronunciamientos judiciales firmes contradictorios⁴⁷, hoy se insiste en que el mero hecho de haberse llegado a conclusiones distintas en sus respectivos relatos de hechos probados no constituye una situación merecedora de tutela. Solo cuando esa divergencia no se justificase suficientemente, se produciría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE⁴⁸. Precisamente por ello, el juez que se aparte de las conclusiones a que, sobre los mismos hechos, se llegó en la primera sentencia, deberá motivar especialmente su decisión.

2. La imposibilidad de plantear recurso de revisión

Por otro lado, es indiscutible que, tras haber sido juzgado el menor y alcanzado firmeza la sentencia, el principio de seguridad jurídica impediría que su caso pudiese ser reabierto. No, al menos, a través de los cauces “ordinarios” de impugnación. Pero ¿podría una divergencia entre los hechos probados de las sentencias recaídas en ambos procesos constituir un motivo de revisión de sentencia firme?

Dada la regulación de la LECrim acerca del recurso de revisión⁴⁹, su hipotética previsión para este caso exigiría que solo se pudiera acudir al mismo cuando resultase beneficioso para el reo: bien cuando la sentencia dictada por tales hechos hubiera condenado al menor y, en la segunda sentencia –enjuiciando a adultos por los mismos hechos– se hubiera considerada probada su no participación (o su menor participación) en los mismos, o bien cuando en la sentencia que condenara al mayor se apreciara contradicción con la recaída en el previo proceso de menores, en que se considerara probada, en relación a los mismos hechos, o su ausencia de participación o la menor medida de la misma.

⁴⁷ SSTC 2/2003, de 16 de enero; 229/2003, de 18 de diciembre, y 231/2006, de 17 de julio.

⁴⁸ SSTC 158/1985, de 26 noviembre; 192/2009, de 28 septiembre; 16/2008, de 31 enero, y 231/2006, de 17 julio.

⁴⁹ Atendiendo a su particular naturaleza, el Anteproyecto de LECrim de 2020 emplea el término “juicio” para referirse a la revisión.

Sin embargo, si estamos a la letra de lo dispuesto en el art. 954 LECrim, no sería posible hacer uso de la revisión en estos casos⁵⁰. Pese a que la Ley 41/2015 llevó a cabo una reforma integral en dicho precepto, la contradicción entre los hechos probados de sentencias recaídas en una y otra jurisdicción ni aparece expresamente contemplada en el elenco de motivos que relaciona ni puede entenderse subsumida en ninguno de ellos.

El actual art. 954.1.c) LECrim establece que cabrá la revisión cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes. Esta previsión –que responde al fin de evitar vulneraciones del principio *non bis in idem*– no sirve al supuesto examinado. Aun cuando el hecho enjuiciado en ambas causas sí coincidiera, en estos casos encontramos, por definición, más de un sujeto juzgado. De hecho, el elemento subjetivo es la diferencia esencial entre el objeto de uno y otro proceso. La norma vigente se ciñe al supuesto de la duplicidad, sin aludir al factor de la disparidad o contradicción entre las resoluciones, que, a salvo el caso concreto del decomiso autónomo, no es contemplada en el art. 954 LECrim.

VI. ¿ES CONVENIENTE LA UNIFICACIÓN DE PROCESOS? MUCHAS LUCES Y ALGUNA SOMBRA

Es inevitable cuestionarse, a la vista de lo expuesto, si mediante una tramitación conjunta se salvarían las dificultades que hemos abordado en este estudio.

Sugerir un tratamiento procesal unificado para los supuestos de comisión conjunta de delitos por parte de menores y mayores de edad exige plantear distintos escenarios: una única instrucción con enjuiciamiento también conjunto, una instrucción conjunta con enjuiciamiento separado o, incluso, una instrucción separada con enjuiciamiento conjunto. En todos esos casos, además, serían posibles distintas variantes: que la instrucción la asumiera el Ministerio Fiscal o que lo hiciera el Juez de Instrucción, y que el enjuiciamiento lo realizara el Juez de Menores o, según la gravedad, el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial. Incluso, en este caso de enjuiciamiento conjunto por la Audiencia, cabría la opción de que el tribunal lo integraran dos magistrados de la sección

⁵⁰ Tampoco encuentra encaje en los motivos previstos en el art. 760 del referido Anteproyecto de LECrim.

correspondiente y un tercero especializado en menores. Podría proponerse, asimismo, que la instrucción se hiciera de forma conjunta, reservándose al Juez de Instrucción la decisión acerca de las medidas de internamiento cautelar y de prisión preventiva. Como se aprecia, son múltiples las combinaciones posibles, y todas ellas pueden contribuir a superar las limitaciones del actual sistema.

Desde luego, con la tramitación conjunta desaparecería el riesgo de contradicción entre resoluciones, así como los problemas que trae consigo la duplicidad de actuaciones y las disfunciones que se originan, como vimos, en la fase de instrucción⁵¹. Se dispararían, además, las incógnitas acerca de la condición en que unos investigados/acusados/condenados deben declarar en el proceso seguido contra los otros y, sin duda, se actuaría conforme a razones de economía procesal⁵².

Por otro lado, la continencia de la causa que tal situación favorecería contribuiría a evitar que los pronunciamientos dictados en una y otra jurisdicción resultasen –especialmente, en aquellos casos⁵³ en que los menores son empleados como instrumentos para la comisión de delitos– en la absolución del mayor y en la condena del menor, permitiendo una apreciación de la situación desde una perspectiva más global y, posiblemente, más justa.

Pese a todo lo expuesto, no puede tampoco negarse que en ese enjuiciamiento conjunto también se aprecian sombras. Principalmente, pueden plantearse dificultades importantes a la hora de compatibilizar la naturaleza y caracteres propios de una y otra jurisdicción. No todas las previsiones de la jurisdicción de menores son trasladables, sin más, al ámbito de adultos; las numerosas manifestaciones del principio de oportunidad que prevé la LORPM (que se traducen en amplias facultades desjudicializadoras) son una clara muestra de ello.

⁵¹ Recordemos, por ejemplo, los problemas que surgen con el levantamiento del secreto de sumario en una sola de las causas.

⁵² El dispendio de medios y de tiempo es, de hecho, uno de los aspectos más criticados del sistema de doble procedimiento. Muy ilustrativa, a este respecto, es la SAP de Sevilla de 20 de octubre de 2011 ((ECLI: ES:APSE:2011:1347), que enfatiza que “la doble jurisdicción comporta un derroche de energías y esfuerzo en sedes policial y judicial que no se ve compensado por ventaja alguna”, y “supone complejidad y duplicidad de trámites injustificados”.

⁵³ Relativamente frecuentes en delitos contra la salud pública.

Por otro lado, tratar de armonizar ambos procesos, aunque solo sea para el caso concreto de la comisión conjunta de menor y mayor de edad, comporta ciertos riesgos que no debemos despreciar: en primer lugar, en atención al grado de homogeneización que se quiera lograr entre los mismos, que marcaría la diferencia entre una mera –y, en estos casos concretos, deseable– “armonía” y una –a nuestro juicio, injustificada– plena “identificación”.

En segundo término, en cuanto a la decisión de cuál tendría que ser el proceso que “exporte” sus peculiaridades y cuál habría de ser, en contrapartida, el que debería “importarlos”. O, dicho en otros términos, qué particulares principios o rasgos de cada uno de esos procesos habrían de mantenerse/sacrificarse en dicha operación de “compatibilización”.

No resultaría extraño que, en esa tarea, se presentase el proceso de menores, con su instrucción atribuida al Ministerio Fiscal y el amplio juego del principio de oportunidad, como el modelo al que haya de tenderse. Ese es, a nuestro juicio, el verdadero punto débil del sistema que defendemos que, en cierta medida, pudiera salvarse aplicando a los menores los principios inspiradores de la LORPM y a los mayores de edad los propios del proceso de adultos.

Interesa igualmente destacar cómo ciertas previsiones del reciente Anteproyecto de LECrim podrían salvar algunos problemas que suscita el actual sistema. Así, al atribuir el Anteproyecto la instrucción al Fiscal, desaparece una diferencia muy importante entre ambas fases de investigación, aun cuando estas siguieran discurriendo de forma separada. También las incógnitas que plantea la declaración en un proceso de quien –por los mismos hechos o hechos conexos– es investigado/encausado en otro son, por fin, despejadas en el texto proyectado. Como vimos, para tales supuestos se reconoce ya, de forma expresa, la posibilidad de contar con asistencia letrada y de acogerse a su derecho a no declarar.

Finalmente –como sucede siempre que se aborda cualquier cuestión relativa a la responsabilidad penal de un menor de edad–, también en el estudio del tema que nos ocupa ha de tenerse presente el interés superior del mismo. Al margen de que su indeterminación favorezca su empleo retórico y se advierta que, a veces, su defensa implica el sacrificio de otros intereses que son también merecedores de tutela, no puede negarse que este principio ha de presidir las actuaciones que se desplieguen en este ámbito. Así pues, la propuesta de

enjuiciamiento conjunto ¿respetaría ese interés superior del menor? Desde luego, la separación actual no le favorece, de la misma manera que tampoco lo hace respecto del resto de partes implicadas en el proceso⁵⁴, y, aun admitiendo que esa hipotética tramitación conjunta pudiese traducirse en un incremento de la duración del procedimiento⁵⁵, no creemos que, de la mano de las oportunas reformas legales, ello pudiera constituir un obstáculo insalvable.

⁵⁴ También las partes acusadoras se ven negativamente afectadas por la tramitación separada. El lapso temporal que medie entre uno y otro proceso puede afectar a su estrategia procesal y, por supuesto, a sus legítimas expectativas de justicia.

⁵⁵ Lo que podría, incluso, llegar a afectar a la esencia y razón de ser de la jurisdicción especializada.